DIE PLANUNGS-, BAU- UND GEWÄSSERSCHUTZRECHTLICHE ORDNUNG DES ÜBRIGEN GEBIETS UND DER LANDWIRTSCHAFTSZONE, UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES BERNISCHEN RECHTS

INAUGURALDISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOCTOR IURIS
DER RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

FRITZ KILCHENMANN
FÜRSPRECHER
VON ERSIGEN (BE)

ISBN 3 85762 000 5
Kantonale Planungsgruppe Bern

1977

DIE PLANUNGS-, BAU- UND GEWÄSSERSCHUTZRECHTLICHE ORDNUNG DES ÜBRIGEN GEBIETS UND DER LANDWIRTSCHAFTSZONE, UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES BERNISCHEN RECHTS

INAUGURALDISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOCTOR IURIS
DER RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

FRITZ KILCHENMANN
FÜRSPRECHER
VON ERSIGEN (BE)

ISBN 3 85762 000 5
Kantonale Planungsgruppe Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 11. Dezember 1975 auf Antrag von Prof. Dr. Aldo Zaugg als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Diese Arbeit ist mit der Unterstützung bernischer Behörden und Institutionen zustandegekommen. Sie ist geprägt von Erfahrungen, die ich durch meine Mitarbeit bei der Einführung der neuen Gesetze über die Raumplanung, das Bauwesen und den Gewässerschutz im Kanton Bern erworben habe.

Ein längerer Urlaub vom Staatsdienst, gewährt von den Herren Regierungsräten E. Schneider, Baudirektor, und H. Huber, Direktor des Verkehrs, der Energie- und der Wasserwirtschaft, ermöglichte ein gedeihliches Arbeiten. Die Herren Prof.Dr. iur. A. Zaugg und Dr. iur. A. Plattner standen mir mit ihrem umfassenden Wissen und mit ihrer grossen Erfahrung zur Seite. Bei Problemen, die dem Juristen wenig geläufig sind, halfen mir die Fachleute der Verwaltung. Meine Frau erstellte die Abschrift des Manuskripts, die Kantonale Planungsgruppe besorgte die Publikation. Ihnen allen gilt mein Dank.

F.K.

Nach Ende 1974 erschienene Entscheide, Literatur usw. konnten nur noch ausnahmsweise berücksichtigt werden.

UNIV. LEIDEN BIBL.

Inhaltsübersicht

1. Teil: Grundlagen

A Zum Gegenstand und zum Aufbau der Arbeit 1

B Bemerkungen zum Verhältnis von Privateigentum und Raumplanung 3

C Das Eigentum und die Eigentumsgarantie 7

D Raumplanung Schweiz 11

2. Teil

E Die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet 30

3. Teil: Die Nutzungsordnung für das übrige Gebiet

F Die zulässigen Nutzungsarten 82

G Die Baumöglichkeiten im besonderen 103

4. Teil: Die Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet nach bernischem Recht

H Der Rechtszustand vor dem Baugesetz von 1970 und die Entstehungsgeschichte der Art. 23 - 25 BauG 109

I Die Baumöglichkeiten nach Art. 23 BauG 119

J Die Baumöglichkeiten nach Art. 24 BauG 152

K Die Ferienhauszone nach Art. 24 und 25 BauG 259

L Gemeindebauvorschriften, die die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet berühren 276

5. Teil: Bundesrechtliche Vorschriften für das übrige Gebiet und ihre Auswirkungen auf das bernische Recht

M Das Gewässerschutzrecht 291

N Das künftige Raumplanungsrecht 329

6. Teil

O Uebriges Gebiet, Landwirtschaftszone und materielle Enteignung 339

Inhalt

1. Teil: Grundlagen

A. Zum Gegenstand und zum Aufbau der Arbeit 1

B. Bemerkungen zum Verhältnis von Privateigentum und Raumplanung 3

C. Das Eigentum und die Eigentumsgarantie 7

1. Zum Begriff und zum Inhalt des Eigentums 7

2. Die Eigentumsgarantie 8

D. Raumplanung Schweiz 11

1. Raumordnung und Raumplanung 11

1.1 Begriffe 11

1.2 Raumordnungs-, Raumplanungs- und Baurecht 13

2. Zielsetzungen der Raumplanung 15

3. Stufen der Raumplanung 16

4. Mittel der Raumplanung. Eine Uebersicht über einige Instrumente des Bau- und des Planungsrechts 18

4.1 Stufen der Realisierung der Raumplanung 18

4.11 Die Bestandesaufnahme 18

4.12 Die eigentliche Planungsphase 18

4.121 Die Richtplanung 19

4.122 Insbesondere im bernischen BauG 19

4.13 Die Realisierung der Planung 20

4.14 Das Baureglement 21

4.15 Der Zonenplan 21

4.16 Ueberbauungsplan, Gestaltungsplan, Sonderbauvorschriften 22

4.17 Instrumente der Erschliessungsplanung 23

4.171 Basis- und Detailerschliessung, Detailerschliessungsplan 23

4.172 Das generelle Kanalisationsprojekt 24

5. Einige Begriffsbestimmungen 25

5.1 Das Siedlungsgebiet, das Baugebiet und die Bauzone 26

5.2 Das Landwirtschaftsgebiet und die Landwirtschaftszone 26

5.3 Das Forstgebiet und die Forstzone 27

5.4 Das Erholungsgebiet und die Erholungszone 27

5.5 Schutzgebiete und Schutzzonen 27

5.6 Das übrige Gebiet 28

5.7 Das übrige Gemeindegebiet nach bernischem BauG 28

2. Teil

E. Die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet 30

1. Zielsetzungen 30

1.1 Ziele für die Siedlungsstruktur, welche die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet erfordern 30

1.11 Der Flächenbedarf 30

1.12 Nutzung der bestgeeigneten Gebiete 31

1.2 Ziele für die Landschaftsstruktur oder den Komplementärraum 31

1.21 Generelle Ziele 32

1.22 Ziele im Bereich der Land- und Forstwirtschaft 32

1.23 Ziele im Bereich Erholung und Fremdenverkehr 33

1.24 Ziele im Bereich Landschaftsschutz und Landschaftspflege 33

1.3 Ziele im Bereich der Erschliessung und Versorgung 34

1.4 Zusammenfassung der Zielsetzungen 34

2. Allgemeingültige Grundsätze zur Abgrenzung des Baugebiets 35

2.1 In raumplanerischer Hinsicht 35

2.2 Die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze 35

3. Die Regelung des bernischen Baugesetzes 39

3.1 Die geltenden gesetzlichen Grundlagen im Ueberblick 39

3.2 Der Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des BauG und die Entstehungsgeschichte der Art. 13 - 15 BauG 40

3.21 Das Alignementsgesetz von 1894 40

3.22 Das Bauvorschriftengesetz von 1958 41

3.23 Die Ursachen der Gesetzesrevision von 1970 41

3.24 Das Gesetzgebungsverfahren zu den Art. 13 - 15 BauG 43

3.3 Die Abgrenzung des Baugebiets im Zonenplan 47

3.31 Der Zonenplan als Bestandteil der Ortsplanung 47

3.32 Die Kooperation bei der Ausscheidung des Baugebiets 47

3.33 Die Bestimmung der Zonenzugehörigkeit der einzelnen Grundstücke 48

3.4 Die Abgrenzung des Baugebiets im Rahmen der Erschliessungsplanung 49

3.41 Zielvorstellungen und Unterschiede zur Zonenplanung 49

3.42 Der Planperimeter des Erschliessungsplans 49

3.43 Die Kombination von Zonen- und Erschliessungsplanung 50

3.5 Die Uebergangsregelung bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung 50

3.51 In Gemeinden mit Zonenplan 51

3.52 In Gemeinden ohne Zonenplan 51

3.521 Die Abgrenzung des Baugebiets im Einzelfall 52

3.522 Die provisorische Abgrenzung des Baugebiets 52

3.6 Die Abgrenzung des Baugebiets in Gemeinden mit Dispens von der Durchführung der Ortsplanung 55

3.7 Altrechtliche Sonderfälle 56

3.71 Die Aufteilung des ganzen Gemeindegebiets in Bauzonen 56

3.711 Der Bauklassenplan und die Bauordnung der Stadt Bern vom 6.1.1956 56

3.712 Der Zonenplan der Gemeinde Bremgarten vom 31.7.1962 58

3.713 Der Zonenplan der Gemeinde Saanen vom 29.7.1969 59

3.72 Baureservezonen, dargestellt am Zonenplan und Baureglement der Gemeinde Spiez vom 29.11.1968 60

3.8 Hinweise zum Planerlassverfahren 63

4. Die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet in anderen kantonalen Bau- und Planungsgesetzen 65

4.1 Graubünden 65

4.2 St. Gallen 67

4.3 Aargau 67

5. Auswirkungen des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes auf die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet 68

6. Die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet nach dem Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiet der Raumplanung vom 17.3.1972 71

7. Die Reduktion zu grosser Bauzonen 72

7.1 Die Verkleinerung des Baugebiets durch "Auszonung" 73

7.11 Zum Begriff der Auszonung 73

7.12 Die rechtlichen Voraussetzungen für die Verkleinerung des rechtsverbindlich festgelegten Baugebiets 74

7.121 Die gesetzliche Grundlage 74

7.122 Das öffentliche Interesse an der Planungsmassnahme 75

7.2 Die Etappierung des Baugebiets 77

7.21 Nach bernischem Bau- und Planungsrecht 77

7.22 Nach der bernischen Ausführungsgesetzgebung zum GSchG 78

7.23 Nach der bernischen Ausführungsgesetzgebung zum BB über dringliche Raumplanungsmassnahmen 80

7.3 Zusammenfassung und Beurteilung der Instrumente zur Reduktion von Zonenplänen 81

3. Teil: Die Nutzungsordnung für das übrige Gebiet

F. Die zulässigen Nutzungsarten 82

1. Zielsetzungen und der Begriff der Nutzungsordnung 82

2. Die einheitliche Nutzungsordnung für das übrige Gebiet 83

2.1 Das BauG des Kantons Baselland 83

2.2 Das BauG des Kantons Aargau 84

2.3 Das BauG des Kantons Bern 84

3. Die differenzierte Nutzungsordnung für das übrige Gebiet 85

3.1 Problemstellung und Grundkonzept einer differenzierten Nutzungsordnung 85

3.2 Das Bundesgesetz über die Raumplanung 86

3.3 Das BauG des Kantons St. Gallen 86

3.4 Das RPG des Kantons Graubünden 87

3.41 Die Landwirtschaftszone und das übrige Gemeindegebiet 87

3.42 Die Forstwirtschaftszone 88

3.43 Erholungs-, Schutz- und Gefahrenzonen 89

4. Die Bodennutzungen im einzelnen 91

4.1 Die Landwirtschaft 91

4.2 Die Forstwirtschaft 92

4.3 Der Abbau von Lagerstätten 92

4.4 Die Erholung 95

4.41 Zum Begriff 95

4.42 Die rechtliche Sicherung von Erholungsgebieten 96

4.5 Weitere Nutzungsmöglichkeiten im übrigen Gebiet 99

5. Zusammenfassung 102

G. Die Baumöglichkeiten im besonderen 103

1. Der Begriff der Baute und die Baubewilligung 103

1.1 Der Begriff der Baute 103

1.2 Die Baubewilligung 103

1.3 Weitere Tatbestände, die der Baubewilligungspflicht unterliegen 104

2. Auswirkungen der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet auf die Baumöglichkeiten 105

3. Auswirkungen des traditionellen Baupolizeirechts auf die Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet 106

4. Stufen der baulichen Nutzungsmöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet, dargestellt an einigen Bau- und Planungsgesetzen 106

4. Teil: Die Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet nach bernischem Recht

H. Der Rechtszustand vor dem Baugesetz von 1970 und die Entstehungsgeschichte der Art. 23 - 25 BauG 109

1. Das Alignementsgesetz von 1894 109

2. Das Bauvorschriftengesetz von 1958 110

3. Die Entstehungsgeschichte der Art. 23 - 25 BauG 112

3.1 Der Entwurf I zum BauG 112

3.2 Der Entwurf II zum BauG 113

I. Die Baumöglichkeiten nach Art. 23 BauG 119

1. Das Verhältnis des Art. 23/2, 3 zu den Art. 24 und 25 BauG 119

2. Bauten für die Land- und Forstwirtschaft 119

2.1 Betriebsgebäude 120

2.2 Wohngebäude 123

2.21 für die bäuerliche Bevölkerung 123

2.211 Abgrenzungen im Hinblick auf Art und Grösse der Betriebe 123

2.212 Abgrenzungen im Hinblick auf den Personenkreis 125

2.22 Wohnbauten für die Hilfskräfte der bäuerlichen Bevölkerung 126

2.23 Das Stöckliprinzip 127

2.24 Die Bestimmung des Wohnbedarfs 128

2.3 "Standortgebundenheit" der Bauten für die Land- und Forstwirtschaft? 130

3. Betriebe nach Art. 23/2/2. und 3. Satz 132

3.1 Standortgebundene Lagerungs- und Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion 133

3.11 Im allgemeinen 133

3.12 Der Abbau von Lagerstätten und dazugehörige Verarbeitungsbetriebe im besonderen 134

3.2 Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe 137

3.21 Gärtnereien 137

3.22 Zuchtbetriebe 138

3.23 Mastbetriebe 138

3.3 Wohnbauten für Leiter und Angestellte von Betrieben nach Art. 23/2/2. und 3. Satz 138

4. Landwirtschaftliche Bauten und Landschaftsschutz 139

5. Die Aenderung bestehender Bauten gemäss Art. 23/3 140

5.1 Die Bedeutung der Bestimmung 140

5.2 Die Wahrung der bisherigen Zweckbestimmung 141

5.21 Bei der Vornahme baulicher Massnahmen 141

5.22 Die Aenderung der Zweckbestimmung ohne Vornahme von Bauarbeiten 142

5.3 Unterhalt, Erneuerung und Umbau 145

5.4 Erweiterung und Ausbau 145

5.5 Wohnbauten und Ferienhäuser 147

5.6 Betriebsgebäude 147

5.61 Die Funktion des NBR und die Gesetzmässigkeit des Art. 8/2 NBR 147

5.62 Die Wahrung der bisherigen Zweckbestimmung 149

6. Hinweise zum Baubewilligungsverfahren 149

7. Zusammenfassung der Ergebnisse 150

J. Die Baumöglichkeiten nach Art. 24 BauG 152

1. Zweck und Konkretisierung des Art. 24 152

1.1 Zweck und Einordnung in das Bau- und Planungsrecht 152

1.2 Die Konkretisierung 153

1.21 Die bisherige Lehre und Praxis zu baurechtlichen Ausnahmevorschriften 153

1.22 Die Notwendigkeit einer neuen Methode zur Konkretisierung des Art. 24 154

1.3 Grundsätzliches zur Topik 155

1.4 Die topische Methode in der Konkretisierung des Art. 24 156

1.5 Unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen in Art. 24 158

1.6 Die ausnahmepflichtigen Bauvorhaben 159

2. Topoi zu den wichtigen Gründen gemäss Art. 24/1 und 2 162

2.1 Allgemeines zum wichtigen Grund 162

2.2 Topoi, welche einen wichtigen Grund darstellen 162

2.21 Art. 24/2/a 162

2.211 Voraussetzungen 162

2.212 Der Bau einzelner Ferienhäuser im besonderen 164

2.213 Die Vermietung von Ferienwohnungen als Nebenerwerb zu Landwirtschaftsbetrieben 166

2.22 Art. 24/2/b 167

2.23 Art. 24/2/c 170

2.231 Der Grundeigentümer 170

2.232 Die Angehörigen 172

2.233 Die Bestimmung des Wohnbedarfs 173

2.234 Nachbemerkung im Hinblick auf Art. 20 GSchG 174

2.24 Art. 24/2/d 175

2.25 Weitere Gesichtspunkte, die wichtige Gründe darstellen 176

2.251 Standortgebundene nichtlandwirtschaftliche Bauten (Erholungseinrichtungen, technische Anlagen, standortgebundene nichtlandwirtschaftliche Betriebe) 176

2.252 Bauten zur Strukturverbesserung des ländlichen Raumes 179

2.253 Erweiterungen und Aenderungen bestehender Bauten 180

2.254 Notlösungen bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung 185

2.255 Härtefälle 188

2.3 Topoi, welche keine wichtigen Gründe darstellen 189

2.31 Landkäufe zu Bauzwecken unter altem Recht 190

2.32 Die Besteuerung von Grundstücken als Bauland 190

2.33 Wohn-, Ferien- und Wochenendhäuser sowie Unterkünftshütten als Erholungseinrichtungen 191

2.34 Wirtschafts-, fiskal- und sozialpolitische Erwägungen 191

2.35 Der Abbruch und Wiederaufbau bestehender Bauten 192

2.36 Die künftige Einzonung 193

2.37 Das Fehlen verletzter öffentlicher Interessen als wichtiger Grund 194

2.4 Die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Topoi für wichtige Gründe 194

2.41 Die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit 195

2.42 Die Rechtsgleichheit 196

2.421 Das Verbot rechtsungleicher Behandlung 196

2.422 Das Willkürverbot 198

2.43 Der Grundsatz von Treu und Glauben 198

2.431 Behördliche Auskünfte über die Ueberbaubarkeit von Grundstücken nach dem Bauvorschriftengesetz von 1958 199

2.432 Behördliche Auskünfte zu Art. 24 BauG 200

2.433 Weitere Fälle 201

3. Topoi zu den öffentlichen Interessen gemäss Art. 24/1 und 3 202

3.1 Allgemeines 202

3.2 Topoi, welche durch Art. 24 zu schützende oder zu verwirklichende öffentliche Interessen darstellen 203

3.21 Art. 24/3/a 203

3.211 Die landwirtschaftliche Bodennutzung 204

3.212 Der bäuerliche Grundbesitz 208

3.22 Art. 24/3/b 209

3.23 Die Erschliessung 210

3.231 Allgemeines 210

3.232 Die Erschliessung im einzelnen 212

3.24 Der Landschaftsschutz 214

3.25 Der Schutz von Erholungsgebieten, insbesondere des Skigeländes 218

3.26 Andere öffentliche Interessen 218

3.3 Topoi, welche durch Art. 24 nicht erfasste öffentliche Interessen darstellen 219

3.4 Topoi, welche keine öffentlichen Interessen darstellen 221

4. Die Gegenüberstellung des wichtigen Grundes und der öffentlichen Interessen 222

4.1 Grundsätzliches 222

4.2 Das Verhältnismässigkeitsprinzip 224

4.3 Der Ausnahmeentscheid als Ergebnis der Rechtsverwirklichung und seine Rechtswirkungen 225

5. Nebenbestimmungen zu Ausnahmebewilligungen 227

5.1 Auflagen und Bedingungen 227

5.2 Die Befristung und der Widerrufsvorbehalt 229

6. Die rechtliche Sicherung der Zweckbestimmung der nach Art. 23 und 24 bewilligten Bauten 230

7. Die Ueberwälzung der Erschliessungspflicht nach Art. 24/4 233

7.1 Der Inhalt und der Umfang der Ueberwälzung 234

7.2 Der Erschliessungsplan im besonderen 236

8. Das formelle Ausnahmerecht 238

8.1 Die Kompetenzordnung 239

8.11 Die Ordnung des Baugesetzes und des Baubewilligungsdekrets 239

8.12 Die Ordnung für Seilbahnen, Skilifte und damit zusammenhängende Hochbauten im besonderen 240

8.2 Hinweise zum Ausnahmebewilligungsverfahren 242

8.3 Der Ausnahmeentscheid 243

8.4 Hinweise zu den Rechtsmitteln 245

8.41 Die ordentlichen Rechtsmittel 245

8.42 Rechtsbehelfe 246

8.5 Zur Einsprache- und Beschwerdebefugnis im besonderen 248

8.51 Die Gemeindebaupolizeibehörde 249

8.52 Der Nachbar 249

8.53 Die privaten Organisationen 253

8.6 Voranfragen und generelle Baugesuche 254

9. Zusammenfassung von Ergebnissen 255

K. Die Ferienhauszone nach Art. 24 und 25 BauG 259

1. Zweck und Bedeutung 259

2. Die Ferienhauszone als grosse Ausnahme und als Planungsinstrument 260

3. Die Voraussetzungen für die Ausscheidung von Ferienhauszonen 261

3.1 Der wichtige Grund 261

3.2 Die entgegenstehenden öffentlichen Interessen 262

3.3 Der Ueberbauungsplan 264

3.4 Die Festlegung von Bauvorschriften für die Ferienhauszone 265

3.5 Die Erschliessung und Versorgung der Ferienhauszone 266

3.51 Die Erschliessung 266

3.52 Die Versorgung mit öffentlichen Diensten 269

4. Die Ueberprüfungsbefugnisse der Genehmigungsinstanz im Planerlassverfahren 270

5. Pflicht der Gemeinde und Anspruch des Grundeigentümers auf Ausscheidung von Ferienhauszonen? 270

6. Die Baubewilligung für Bauten in Ferienhauszonen und die Etappierung der Ueberbauung 272

6.1 Die Baubewilligung 272

6.2 Die Etappierung 273

7. Die provisorische Ferienhauszone 274

L. Gemeindebauvorschriften, die die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet berühren 276

1. Das Verhältnis der Art. 23 - 25 BauG zu den Gemeindebauvorschriften 276

2. Ergänzende Gemeindebauvorschriften 276

2.1 Das Normalbaureglement 278

2.2 Das Muster-Baureglement 280

2.3 Beispiele ergänzender Gemeindebauvorschriften 281

2.31 Die baupolizeilichen Masse 281

2.32 Die Ausnützungsziffer im besonderen 281

2.33 Der Schutz des Orts- und Landschaftsbildes 282

3. Abweichende Gemeindebauvorschriften 284

3.1 Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe 284

3.2 Die Bezeichnung von Ferienhauszonen in Zonenplänen 286

3.3 Die Priorität der landwirtschaftlichen Bodennutzung: Zulässigkeit von Landwirtschaftszonen und von Rebwirtschaftszonen? 287

3.4 Beispiele eindeutig unzulässiger Abweichungen 288

4. Die ländliche Dorfkernzone im besonderen 289

5. Teil: Bundesrechtliche Vorschriften für das übrige Gebiet und ihre Auswirkungen auf das bernische Recht

M Das Gewässerschutzrecht 291

1. Einige Grundlagen 291

2. Der Artikel 20 GSchG 292

2.1 Die Entstehungsgeschichte 292

2.2 Ueberblick über die Auslegungsprobleme 294

2.3 Die von Art. 20 GSchG erfassten Bauvorhaben 294

2.4 Das sachlich begründete Bedürfnis als Voraussetzung für die Erteilung von Baubewilligungen ausserhalb des GKP 295

2.41 Zielsetzungen 295

2.42 Die Frage der Verfassungsmässigkeit von Art. 20 GSchG 296

2.43 Die Konkretisierung 298

2.44 Grundsätzliches zu Art. 27/1 und 2 AGSchV 300

2.441 Die alte Fassung 300

2.442 Die Neufassung von Art. 27/1 AGSchV 303

2.5 Die Arten der Abwasserbeseitigung (Art. 27/3,4 AGSchV) 305

3. Art. 20 GSchG und Art. 23 - 25 BauG Bern 307

3.1 Bundesrecht bricht kantonales Recht 307

3.2 Art. 20 GSchG und Art. 23 BauG 309

3.21 Bauvorhaben nach Art. 23/2 BauG 309

3.22 Bauvorhaben nach Art. 23/3 BauG 312

3.3 Art. 20 GSchG und Art. 24 BauG 313

3.31 Das sachlich begründete Bedürfnis und der wichtige Grund 313

3.32 Bauvorhaben nach Art. 24/2/a - d BauG 314

3.33 Weitere Bauvorhaben 316

3.34 Art. 82/2/1. Halbsatz KGV im besonderen 318

3.35 Kein wichtiger Grund = kein sachlich begründetes Bedürfnis? 319

3.36 Das sachlich begründete Bedürfnis und die entgegenstehenden öffentlichen Interessen 319

3.37 Die Massnahmen zur Abwasserbeseitigung und die Erschliessungsvorschriften des Art. 24/4 BauG 321

3.4 Art. 19 und 20 GSchG und Art. 25 BauG 321

4. Die Gewässerschutzbewilligung und die Baubewilligung 322

4.1 Das Verhältnis im allgemeinen 322

4.2 Hinweise zu den Rechtsmitteln 323

4.21 Der kantonale Instanzenzug 323

4.22 Rechtsmittel des Bundesrechts 323

4.3 Die Ordnung im Kanton Bern 324

4.31 Das Verhältnis von Gewässerschutzbewilligung und Baubewilligung 324

4.32 Hinweise zu den Rechtsmitteln 326

5. Zusammenfassung der Ergebnisse 327

5.1 Im allgemeinen 327

5.2 In bezug auf das bernische Recht 328

N. Das künftige Raumplanungsrecht 329

1. Die Nutzungsordnung für den Komplementärraum 329

1.1 Nach dem Bundesgesetz über die Raumplanung 329

1.2 Auswirkungen auf das bernische Recht 329

2. Die Baumöglichkeiten im Komplementärraum 331

2.1 Art. 29 RPG 331

2.2 Auswirkungen auf das bernische Recht 333

2.21 Baumöglichkeiten in der Landwirtschaftszone 333

2.211 Zonenkonforme Bauvorhaben 333

2.212 Zonenfremde Bauvorhaben 333

2.22 Baumöglichkeiten in den Forstzonen 336

2.23 Baumöglichkeiten im übrigen Gebiet 336

2.24 Ferienhauszonen 337

2.25 Das Baubewilligungsverfahren 338

6. Teil

O. Uebriges Gebiet, Landwirtschaftszone und materielle Enteignung 339

Vorbemerkung 339

1. Grundsätzliches 339

2. Die bisherige Rechtsprechung und Lehre zur materiellen Enteignung 341

2.1 Die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht im allgemeinen 341

2.2 Bewirkt die Ausscheidung des übrigen Gebiets bzw. der Landwirtschaftszone eine materielle Enteignung? 343

2.21 Das Verbot, eine bisherige Bodennutzung weiterhin auszuüben 343

2.22 Die besonders schwere Einschränkung der bisherigen Bodennutzung 344

2.23 Das Verbot, von einer voraussehbaren künftigen Nutzung Gebrauch zu machen 345

2.231 Der Entzug der Bauchance 345

2.232 Ausbeutungsverbote 350

2.233 Walderhaltung und materielle Enteignung 351

2.24 Das Sonderopfer einzelner Grundeigentümer gegenüber der Allgemeinheit 351

3. Die Vorschriften des Raumplanungsgesetzes über die materielle Enteignung 352

3.1 Art. 48 RPG 352

3.2 Art. 49 RPG 354

3.3 Kurze Würdigung des neuen Entschädigungssystems 356

4. Weitere Fragen 357

4.1 Der massgebende Zeitpunkt für die Feststellung der materiellen Enteignung 357

4.2 Das entschädigungspflichtige Gemeinwesen 358

4.3 Bestimmung der Entschädigung, Verfahren, Verjährung, Rückforderungsrecht des Gemeinwesens 358

Rechtsquellen

1. Boden-, Planungs- und Baurecht

1.1 Bundesrecht

Bundesverfassung (BV) : Art. 22ter (Eigentumsgarantie),
Art. 22quater (Raumplanung),
Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4.10.1974 (RPG), nicht in Kraft getreten, da in der Volksabstimmung vom 13.6.1976 verworfen,
Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung vom 17.3.1972 (BB drRP), SR 700, befristete Geltung bis zum 31.12.1976, Verlängerung um 2 Jahre vorgesehen (BBl 1976 S. 1254),
Vollziehungsverordnung des Bundesrates zum BB drRP vom 29.3.1972, SR 700.1

1.2 Kantonales Recht

1.21 Bern

Baugesetz vom 7.6.1970 (BauG)
Dekret des Grossen Rates über das Normalbaureglement vom 10.2.1970 (NBR)
Dekret des Grossen Rates über das Baubewilligungsverfahren vom 10.2.1970 (BewD)
Bauverordnung des Regierungsrates vom 26.11.1970/11.2.1975 (BauV)
Verordnung des Regierungsrates zum Vollzug des Bundesbeschlusses über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung vom 24.5.1972
Plan der provisorischen Schutzgebiete, vom Regierungsrat beschlossen am 20.11.1972. 52 Kartenblätter der Landeskarte der Schweiz 1 : 25'000 mit Legende und Vorschriften
Gesetz über Bau und Unterhalt der Strassen vom 2.2.1964 (SBG)

1.22 Andere Kantone

Basel-Land : Baugesetz vom 15.6.1967 (BauG BL)
Aargau : Baugesetz vom 2.2.1971 (BauG AG)
St. Gallen : Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht vom 6.6.1972 (BauG SG)
Graubünden : Raumplanungsgesetz vom 20.3.1973 (RPG GR)

2. Gewässerschutz- und Wassernutzungsrecht

2.1 Bundesrecht

Bundesverfassung : Art. 24quater (Gewässerschutz)
Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8.10.1971 (GSchG), SR 814.20
Allgemeine Gewässerschutzverordnung des Bundesrates vom 19.6.1972, revidiert am 6.11.1974 (AGSchV), SR 814.201

2.2 Kanton Bern

Gesetz über die Nutzung des Wassers vom 3.12.1950 mit seitherigen Aenderungen (WNG)
Kantonale Gewässerschutzverordnung des Regierungsrates vom 27.9.1972 (KGV)

3. Forstrecht

3.1 Bundesrecht

Bundesverfassung : Art. 24
Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11.10.1902 mit seitherigen Aenderungen (FPolG), SR 921.0
Vollziehungsverordnung des Bundesrates zum FPolG vom 1.10.1965 mit seitherigen Aenderungen (FPolV), SR 921.01

3.2 Kanton Bern

Gesetz über das Forstwesen vom 1.7.1973 (ForstG)
Verordnung des Regierungsrates betreffend Bauten in Waldesnähe vom 23.7.1974

Weitere Rechtsquellen sind im Abkürzungsverzeichnis sowie in Text-Anmerkungen angeführt.

Materialien

1. Zur Raumplanung

Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung, 3 Bände, Hannover 1970

Arbeitsgruppe des Bundes für die Raumplanung, Raumplanung Schweiz, Aufgaben der Raumplanung und Raumplanungsorganisation des Bundes, Hauptbericht und Anhang, Dezember 1970 (vervielfältigt), zit. Raumplanung Schweiz

Eidgenössisches Statistisches Amt, Eidg. Betriebszählung August 1955 :

- Band 7, Landwirtschaftsbetriebe nach Kantonen, Gemeinden und Grössenklassen, Stat. Quellenwerke der Schweiz, Heft 319, Bern 1960
- Band 9, Landwirtschaftsbetriebe nach Bodenbenützungssystemen und Betriebsformen, ebenda Heft 332, Bern 1962

Eidg. Betriebszählung September 1965 :

- Band 1, 3. Teil, Landwirtschaft, Kanton Bern, ebenda Heft 404, Bern 1967
- Band 4, Landwirtschaftsbetriebe, Bodenbenützungssysteme, Betriebsformen und Produktionsrichtungen, ebenda Heft 418, Bern 1969

Eidg. Landwirtschaftszählung vom 30.6.1969 :

- 1. Teil, Bodenbenützung, ebenda Heft 450,

zit. Stat. Quellenwerke, Heft 319 etc.

Gabler Th., Wirtschaftslexikon, Kurzausgabe in 6 Bänden, Fischer-Bücherei, Frankfurt a.M./Hamburg 1969, Nr. 973 - 978, zit. Wirtschaftslexikon

Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung der ETH-Z
Landesplanerische Leitbilder der Schweiz :

- Schlussbericht, 3 Bände und Pläne 1 : 300'000, Schriften zur Orts-, Regional- und Landesplanung, Nr. 10A - D, Dezember 1971, zit. ORL-Leitbilder Band I, II, III
- Teilleitbild Landschaftsschutz, Primärteil 1. Fassung, verfasst von Winkler/Borella/Jacsman, Sommer 1968, zit. ORL-Leitbild, Teilleitbild Landschaftsschutz
- Teilleitbild Landwirtschaft, Primärteil, 1. Fassung verfasst von der Arbeitsgemeinschaft Beratender Agronomen unter der Leitung von Franz Moos, Sommer 1968, zit. ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft
- zum Teilleitbild Wald vgl. die Arbeit von Zürcher, angeführt im Literaturverzeichnis
- Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr, Primärteil 1. Fassung, verfasst vom Seminar für Fremdenverkehr an der Hochschule St. Gallen, Sommer 1968, zit. ORL-Leitbilder, Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr
- Richtlinien zur Orts-, Regional- und Landesplanung, verschiedene Jahrgänge, zit. ORL-Richtlinien
- Raumplanung, Vademecum 1973/74, zit. ORL-Vademecum

Planungsamt des Kantons Bern, Planungsatlas Kanton Bern, 1. Lieferung Bern 1969, 2. Lieferung Bern 1970, 3. Lieferung Bern 1973, zit. Planungsatlas I, II, III

2. Zu Erlassen

2.1 des Bundes

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung
- über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 22ter und 22quater vom 15.8.1967, BBl 1967 II S. 133ff., zit. Botsch. Art. 22ter und 22quater BV
- über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 24septies betreffend den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umgebung gegen schädliche und lästige Einwirkungen vom 6.5.1970, BBl 1970 I S. 761ff., zit. Botsch. Art. 24septies BV
- zu einem neuen Gewässerschutzgesetz vom 26.8.1970, BBl 1970 II S. 425ff., zit. Botsch. GSchG
- zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung vom 26.1.1972, BBl 1972 I S. 501ff., zit. Botsch. BB dr RP

Entwurf der Expertenkommission vom 14.10.1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in Wirtschaft und Recht, Band 23 (1971) Heft 2/3 S. 63ff., zit. Entwurf I für ein BG über die Raumplanung

Aubert J.F. / Jagmetti R., Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfes vom 14.10.1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in Wirtschaft und Recht, Band 23 (1971), Heft 2/3, S. 132ff., zit. Aubert / Jagmetti

Entwurf der Expertenkommission vom 27.10.1971 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in Wirtschaft und Recht, Band 23 (1971) S. 261ff., zit. Entwurf II für ein BG über die Raumplanung

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31.5.1972, BBl 1972 I S. 1453ff., zit. Botsch. RPG (Seitenzahlen gemäss Separatdruck)

Amtliches Bulletin des Nationalrats, des Ständerats, seit 1967, vorher : Stenographisches Bulletin, zit. Sten Bull NR, StR

2.2 des Kantons Bern

Gemeinsamer Entwurf der Expertenkommission und der Baudirektion vom 15.3.1968 für das Baugesetz (vervielfältigt), zit. Entwurf I BauG

Vortrag der Baudirektion zum Baugesetzesentwurf vom 16.4.1968 (vervielfältigt), zit. Vortrag zum Entwurf I BauG

Gemeinsamer Antrag des Regierungsrats und der (grossrätlichen) Kommission vom 28.3./1.7. und 25.6.1969 für das Baugesetz, zit. Entwurf II BauG

Vortrag der Baudirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Baugesetz vom 4.3.1969, zit. Vortrag zum Entwurf II BauG

Botschaft des Grossen Rates vom März 1970 betreffend das Baugesetz, zit. Botsch. BauG

Tagblatt des Grossen Rates, Jahrgänge 1969, 1970, zit. Tagblatt

Literatur

Abel Wilhelm, Agrarpolitik, 2. Auflage Göttingen 1958

Aregger Hans, Praktische Aufgaben der Regionalplanung, in "Aufgaben der Landes-, Regional- und Ortsplanung", Sonderdruck aus dem Jahrbuch der eidgenössischen Behörden 1963/64 S. 23ff.

Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bände Neuchâtel/Paris 1967, zit. Droit constitutionnel I, II

Bagi Louis, La garantie constitutionnelle de la propriété, Dissertation, Lausanne 1959

Balscheit Peter, Die Rechtsnatur des Planes, Dissertation, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 89, Basel/Stuttgart 1969

Bartram Erich, Die rechtlichen Möglichkeiten der Landschaftspflege beim Abbau von Kies und Sand, 2. Auflage, Erlangen 1967

Baschung Marius, Die Ordnung der Nutzung von Grund und Boden im Lichte der Grundsätze über die materielle Enteignung in ZBl 75 (1974) S. 159ff.

Bäumlin Richard, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961

- Privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Immissionsschutz, in "rechtliche Probleme des Bauens", Bern 1969 S. 107ff., zit. Immissionsschutz

Bendel Felix, Gewässerschutz in Bund und Kantonen, in "Schweizerisches Umweltschutzrecht", Zürich 1973, S. 208ff., zit. Gewässerschutz

- Bundesrecht und autonomes kantonales Recht im Bereiche des Gewässerschutzes, in ZBl 75 (1974) S. 417ff.

Blocher Christoph, Die Funktion der Landwirtschaftszone und ihre Vereinbarkeit mit der schweizerischen Eigentumsgarantie, Dissertation, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 389, Zürich 1972

Bloetzer Gotthard / Munz Robert, Walderhaltungsgebot und Rodungsbewilligung, in ZBl 73 (1972) S. 428ff.

Bonnard Claude, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de garantie de la propriété, in ZbJV 101 (1965) S. 122ff.

Dubs Hans, Abwasserbeseitigung, Gewässerschutz und Baufreiheit, in ZBl 70 (1969) S. 249ff.

Dürr Karl, Das bernische Baugesetz, Kommentar zum Gesetz über die Bauvorschriften vom 26.1.1958, Schriftenreihe Bau und Boden Nr. 8, Bern/Badisch Rheinfelden 1961

Estermann Alois, Die Baufreiheit und ihre Schranken, St. Galler-Dissertation, Winterthur 1965

Favre Antoine, Droit constitutionnel suisse, Fribourg 1966

Flückiger H., Gesamtwirtschaftliches Entwicklungskonzept für das Berggebiet, Bern 1970

Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band : Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München/Berlin 1966

Friauf Karl Heinrich, Baurecht und Raumordnung, in "Besonderes Verwaltungsrecht", herausgegeben von Ingo von Münch, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1970, S. 365ff.

Friedrich H.P., Eigentumgsgarantie und landwirtschaftliches Bodenrecht, ZBl 69 (1968) S. 57ff.

Gallusser Werner, Struktur und Entwicklung ländlicher Räume der Nordwestschweiz, Basler Beiträge zur Geographie, Heft 2, Basel 1970

Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949

Gierke Otto, Deutsches Privatrecht, 2. Band Sachenrecht, Leipzig 1905

Grisel André, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970

Gueng Urs, Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, in ZBl 71 (1970) S. 449ff.
Gygi Fritz, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, in ZSR 89 (1970), II. Halbband S. 268ff., zit. Wirtschaftsverfassung
- Eigentumsfreiheit und Landesplanung, in Wirtschaft und Recht, 16 (1964) S. 273ff.
- Vom Stande der bernischen Baugesetzgebung, in MbVR 56 (1958) S. 209ff., zit. Baugesetzgebung
- Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, in "Rechtliche Probleme des Bauens", Bern 1969, zit. Expropriation
- Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 1. Auflage, Bern 1969, zit. Verwaltungsrechtspflege
Gygi Fritz / Stucki Rudolf, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern 1962, zit. Gygi/Stucki
Haab Robert, Zürcher Kommentar zum ZGB, IV. Band Sachenrecht, 1. Lieferung, 2. Auflage, Zürich 1929, zit. Sachenrechtskommentar
Hafner Rolf, Erholungsgebiete im schweizerischen und zürcherischen Recht, Dissertation, Zürich 1972
Hahnloser Bernhard, Kommentar zum Muster-Abwasserreglement für Gemeinden, Separatdruck aus "die Schweizer Gemeinde", Bern 1974
Hintermann Alois, Die Freihaltungszone im Rahmen der Bauzonenplanung, mit besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Zürcher Dissertation, Winterthur 1963
Howald Oskar (Herausgeber), Schweizerische Landwirtschaft und Schweizer Bauerntum, Zürich 1963, zit. Schweizerische Landwirtschaft
- Produktionsgrundlagen und Produktionsmittel, in "Schweizerische Landwirtschaft", S. 73ff.
Huber Hans, Die Zuständigkeit des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf dem Gebiet des Baurechts - vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht, in "Rechtliche Probleme des Bauens", Bern 1969, S. 47ff.
Hübner Rudolf, Grundzüge des deutschen Privatrechts 5. Auflage, Leipzig 1930
Imboden Max, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 2 Bände, 3. Auflage, Basel/Stuttgart 1968, zit. Verwaltungsrechtssprechung I, II
- Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, in den Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 18, Berlin 1960, zit. Plan
- Bundesrecht bricht kantonales Recht, Zürcher Dissertation, Aarau 1940, zit. Bundesrecht
Jacsman Janos, Einführung in die Landschaftsplanung, herausgegeben vom ORL, Zürich 1967, zit. Landschaftsplanung
- Zur Planung von stadtnahen Erholungswäldern, Dissertation ETH-Zürich 1971, zit. Erholungswälder
Jagmetti Riccardo, Die Raumplanung als Umweltgestaltung, in "Schweizerisches Umweltschutzrecht", Zürich 1973, S. 91ff.
Jenny Franz, Wandlungen des Eigentumsbegriffs, in ZSR NF 51 (1932) S. 23ff.
Kappeler Rudolf, Aenderungen bestehender Gebäude, in ZBl 60 (1959) S. 33ff.
Kistler Hans-Rudolf, Die Ausscheidung von Landwirtschaftszonen bei Orts- und Regionalplanungen, Dissertation ETH Zürich, erschienen als Separatdruck aus "Geographica Helvetica", Heft 1, Bern 1963
Kuttler Alfred, Rechtsfragen der Regional- und Ortsplanung, ZBl 67 (1966) S. 369ff., 393ff.

Landwirtschaftsdirektion des Kantons Bern, Grundsätzliche Forderungen der Landwirtschaft an die Raumplanung, vervielfältigt, Bern 1973, zit. Landwirtschaft und Raumplanung
Lendi Martin, Die Bedeutung der kommenden Raumplanungsgesetzgebung für den Umweltschutz, in "Schweizerisches Umweltschutzrecht", Zürich 1973, S. 125ff, zit. Raumplanung und Umweltschutz
- Rechtswissenschaft und Raumplanung, ZBl 72 (1971) S. 161ff.
Liver Peter, Zürcher Kommentar zum ZGB, IV. Band, Sachenrecht, Grunddienstbarkeiten und Grundlasten, 2. Auflage, Zürich 1968, zit. Kommentar zu den Grunddienstbarkeiten und Grundlasten
- Privates und öffentliches Baurecht, in "Rechtliche Probleme des Bauens", Bern 1969, S. 9ff, zit. Baurecht
Locher Gottfried W., Der Eigentumsbegriff als Problem evangelischer Theologie, Zürich/Stuttgart 1962
Lörtscher Hans, Tierzucht und Tierhaltung, in "Schweizerische Landwirtschaft", S. 305ff.
Maurer Jakob, Begriff und Funktion der Gesamt- und Teilrichtpläne gemäss dem Entwurf für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, in "Wirtschaft und Recht", 23 (1971) S. 79ff.
Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV Sachenrecht, 1. Abteilung : das Eigentum, 1. Teilband : Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen (Art. 641-654 ZGB), 4. Auflage, Bern 1966, 3. Teilband : Das Grundeigentum II, 1. Lieferung (Art. 680-683), Bern 1967, zit. Sachenrechtskommentar
- Die Schranken des Grundeigentums, in ZBGR 38 (1957) S. 257ff.
- Zum Bodenproblem, in ZBGR 45 (1964) S. 1ff.
Meier-Hayoz A. / Rosenstock P., Zum Problem der Grünzonen, Heft 375 der Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 1967
Meyer Konrad, Ordnung im ländlichen Raum, Stuttgart 1964
Meyer Ludwig, Die materielle Enteignung im neuen bernischen Baugesetz, in ZbJV 108 (1972) S. 187ff.
Müller Karl, Ausgleichszahlungen als neues Instrument der schweizerischen Agrarpolitik, Winterthur 1973
Müller-Stahel H.U. (Herausgeber), Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973
Munz Robert, Landschaftsschutzrecht, in "Schweizerisches Umweltschutzrecht", S. 7ff.
Peter Hans, Wandlungen der Eigentumsordnung un der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Zürcher Dissertation, Zürich 1949
Pfenninger A., Sicherung und Revision der Güterzusammenlegung, in Blätter für Agrarrecht, Jahr 1970 S. 87ff.
Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern (Herausgeberin), Rechtliche Probleme des Bauens, Berner Tage für die juristische Praxis 1968, Bern 1969
Reichlin Paul, Rechtsfragen der Landesplanung, in ZSR NF 66 (1947) S. 171a ff.
Reinhardt R. / Scheuner U., Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954
Rohr Rudolf, Der Boden, ein Problem und seine Lösung, Zürich/Genf 1965
Rosenstock Peter, Die Aufgaben der Kantone auf dem Gebiete der Planung im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung zu den Bodenrechtsartikeln, in Wirtschaft und Recht, 23 (1971) S. 106ff.
Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Bern 1970

Schaumann Wilfried, Die Landesplanung im schweizerischen, französischen und englischen Recht, Zürcher Dissertation, Zürich 1950, zit. Landesplanung
- Das Recht und die Landesplanung, in ZBl 62 (1961) S. 97ff.
Schindler Dietrich, Rechtsfragen des Gewässerschutzes, in ZSR NF 84 (1965) 2. Halbband S. 379ff.
Schwarz Walter, Die Landwirtschaftszone unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechts, Berner Dissertation, Langnau im Emmental 1961
Siegenthaler Hans, Das Gesetz über die Bauvorschriften, in MbVR 56 (1958) S. 65ff.
- Die Rechtsprechung des Regierungsrates und des Verwaltungsgerichtes in Baupolizeisachen, in MbVR 68 (1970) S. 161ff. für das Jahr 1969, 69 (1971) S. 161ff. für das Jahr 1970, in 70 (1972) S. 65ff. für das Jahr 1971, in 71 (1973) S. 65ff. für das Jahr 1972
Stocker Paul / Risch Paul, Einkommenslage und Wirtschaftsstruktur des Kantons Bern, Berner Beiträge zur Nationalökonomie, Band 7, Bern 1968
Suter André, Der Gestaltungsplan des bernischen Baurechts, Dissertation, Bern 1973
Tour Peter / Schnyder Bernhard / Jäggi Peter, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Auflage, Zürich 1968, zit. Tour/Schnyder
Viehweg Theodor, Topik und Jurisprudenz, 3. Auflage, München 1965
Vollenweider Walter, Einige Fragen aus dem öffentlichen Baurecht, in ZBl 69 (1968) S. 89ff.
Weber Werner, Eigentum und Enteignung, in "Die Grundrechte", Band II, Berlin 1954
Weidmann Theophil, Ziele und Hauptprinzipien der Güterzusammenlegung, in "Blätter für Agrarrecht", Jahr 1970 S. 11ff.
Welzel Hans, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1962
Widmer Peter, Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Zürcher Dissertation, Winterthur 1966
Winkler E., Theoretische Aufgaben der Landesplanung, in "Aufgaben der Landes-, Regional- und Ortsplanung", Sonderdruck aus dem Jahrbuch der eidg. Behörden, 1963/64 S. 16ff.
Wolfer Robert, Die verwaltungsrechtliche Baueinsprache des Dritten nach zürcherischem Recht, Dissertation, Zürich 1970
Zaugg Aldo, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7.6.1970, Bern 1971
Zimmerli Ulrich, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung, in ZBl 75 (1974) S. 137ff.
Zimmerlin Erich, Bauordnung der Stadt Aarau, Aarau 1960
Zimmermann Ermo, Der Baudispens der Stadt Zürich, Zürcher Dissertation, Winterthur 1958
Zinkahn Willy, Einführung in das Baurecht, in der Ausgabe des Bundesbaugesetzes, Deutscher Taschenbuch Verlag, Band 5018, 2. Auflage 1969
Zürcher Ulrich, Der Wald in der Raumplanung, überarbeitete Fassung des Teilleitbildes Wald der ORL-Leitbilder, Band 49, Heft 1, 1973, der "Mitteilungen" der schweiz. Anstalt für das forstliche Versuchswesen, Birmensdorf

Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen zum Text.

Periodika

BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875ff.
BBl	Bundesblatt, Bern 1849ff.
MbVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bern 1903ff.
Plan	Schweizerische Zeitschrift für Landes-, Regional- und Ortsplanung, Solothurn 1944ff.
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil 1920ff.
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 1865ff.
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich 1899ff.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Basel 1882ff.

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
AGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung des Bundesrates vom 19.6.1972
AlignementsG	Gesetz betreffend die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden vom 15.7.1894 (Kanton Bern)
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
BauG	Baugesetz (des Kantons Bern vom 7.6.1970, wenn nichts anderes vermerkt)
BauV	Bauverordnung vom 26.11.1970 (Kanton Bern)
BB	Bundesbeschluss
betr.	betreffend
BewD	Dekret über das Baubewilligungsverfahren vom 10.2.1970 (Kanton Bern)
BG	Bundesgesetz
BO	Bauordnung
Botsch.	Botschaft
BR	Baureglement
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848 - 1947
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874
BVG	Gesetz über die Bauvorschriften vom 26.1.1958 (Kanton Bern)
dGG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
DelG	Gesetz über Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens sowie die Delegation von Verwaltungsbefugnissen des Regierungsrates vom 7.6.1970 (Kanton Bern)

dringl.	dringlich
E	Erwägung
EG	Einführungsgesetz
EGG	BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12.6.1951 (SR 211.412.11)
ForstG	Gesetz über das Forstwesen vom 1.7.1973 (Kanton Bern)
FPolG	BG betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11.10.1902
FPolV	Vollziehungsverordnung des Bundesrates zum FPolG vom 1.10.1965
GKP	Generelles Kanalisationsprojekt
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom 8.10.1971
i.S.	in Sachen
KGV	Kantonale Gewässerschutzverordnung vom 27.9.1972 (Kanton Bern)
N	Note
NBR	Dekret über das Normalbaugesetz vom 10.2.1970 (Kanton Bern)
NF	Neue Folge
OR	BG über das Obligationenrecht vom 14.6.1881/ 30.3.1911
ORL	Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung der Eidg. technischen Hochschule Zürich
RPG	Raumplanungsgesetz (des Bundes vom 4.10.1974, wenn nichts anderes vermerkt)
RRB	Beschluss des Regierungsrates (des Kantons Bern, wenn nichts anderes vermerkt)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
V	Verordnung
VGE	Entscheide des Verwaltungsgerichts (des Kantons Bern, wenn nichts anderes vermerkt)

VRPG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 11.10.1961 (Kanton Bern)
VV	Vollziehungsverordnung
WNG	Gesetz über die Nutzung des Wassers vom 3.12.1950 (Kanton Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
zit.	zitiert
ZPO	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7.7.1918 mit seitherigen Aenderungen

1. Teil

Grundlagen

A Zum Gegenstand und zum Aufbau der Arbeit

Die vorliegende Arbeit untersucht die Nutzungsordnung für den Boden, welcher zum übrigen Gemeindegebiet oder zur Landwirtschaftszone gehört, also ausserhalb des Baugebiets liegt. Diese Ordnung ist Gegenstand des Raumplanungsrechts, des Baurechts und des Gewässerschutzsrechts. Die klare Begrenzung des Baugebiets, verbunden mit Nutzungsbeschränkungen im übrigen Gebiet, ist immer ein gewichtiges Postulat der Raumordnungspolitik und der Agrarpolitik gewesen (1). Viele Abhandlungen beleuchten die rechtlichen und rechtspolitischen Aspekte der vorgeschlagenen Massnahmen (2). Die Zeit dieser Auseinandersetzung ist vorbei. Rechtspolitische Entscheidungen fallen noch und noch. Heute besteht sogar die Gefahr, dass zuviele, zu ausgeklügelte Vorschriften zur Bodennutzung ausserhalb des Baugebiets erlassen werden. Es droht ein Gestrüpp von Verbots- und Gebotsparagraphen heranzuwachsen, dessen Büsche sich derart miteinander verschlingen, dass sich nur gewiegte Forscher darin zurecht finden.

Zu den für unseren Gegenstand wichtigsten Erlassen der letzten Jahre gehören die neuen kantonalen Bau- und Planungsgesetze mit ihren Ausführungserlassen, kommunale Bauordnungen und Pläne und in jüngster Zeit eine Reihe von Bundeserlassen: der Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung, das Gewässerschutzgesetz, die allgemeine Gewässerschutzverordnung. Vor der Tür steht das Bundesgesetz über die Raumplanung. Diese reiche Gesetzproduktion zu ihrem Gegenstand erschwerte den Gang und den Aufbau dieser Arbeit stark. Sie konnte sich nicht darauf beschränken, einige festgefügte, auf Dauer angelegte Rechtssätze zu untersuchen, sondern musste sich immer wieder auf neue Vorschriften ausrichten. Daneben war eine ständig anwachsende Verwaltungs- und Gerichtspraxis zu verarbeiten. Um innert nützlicher Frist zu einem Abschluss zu gelangen, musste in Kauf genommen werden, dass einzelne der untersuchten Probleme bereits nach kurzer Zeit durch neue Vorschriften oder durch Grundsatzurteile in neuem Licht erscheinen oder gar gegenstandslos werden. Dennoch hoffe ich, Gemeinsames, Verbindendes, auf Dauer Angelegtes der verschiedenen gesetzlichen Lösungen herausgearbeitet zu haben. An den Anfang gestellt ist die Erläuterung der bau- und planungsrechtlichen Grundlagen, welche zum Verständnis der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet und die Landwirtschaftszone unentbehrlich sind. Der zweite Teil

---

1 Kistler S. 1, 79 und die auf S. 84ff. angeführte Literatur, Neukomm Willy, das Bodenproblem aus bäuerlicher Sicht, in "das Bodenproblem und die Eigentumsfreiheit", Verlag Neue Zürcher Zeitung 1965 S. 35ff., Würgler Hans, die Bodenfrage und ihre Lösung in der Marktwirtschaft, in der Festschrift für Walter Hug, Bern 1968 S. 616ff., Stüdeli Rudolf, das Bodenproblem im Hinblick auf die weitere Besiedelung unseres Landes, Vortragsmanuskript vom 22.11.1962 S. 9ff., Meier-Hayoz, Bodenproblem S. 24, 27

2 Reichlin S. 327aff., Schwarz S. 47, 74, 101, Hintermann S. 10off., 19ff., 117f., 146, Estermann S. 213ff., Blocher S. 6ff., 98ff. mit weiteren Nachweisen und Zusammenfassung der Doktrin, 109.

befasst sich mit den Problemen, die sich bei der Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet stellen. Im dritten Teil werden Modelle für die Nutzungsordnung des übrigen Gebiets untersucht, und zwar auf Grund verschiedener Bau- und Raumplanungsgesetze. Der vierte Teil ist dem geltenden bernischen Recht gewidmet; seine Umformung durch das Bundesrecht ist Thema des fünften Teils. Der sechste Teil schliesslich befasst sich mit der materiellen Enteignung.

B Bemerkungen zum Verhältnis von Privateigentum und Raumplanung

Das Leitmotiv, der Sinn des Staates Schweiz steht knapp und klar in Art. 2 der Bundesverfassung: Behauptung der Unabhängigkeit, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt. Diese altertümlichen Worte umreissen das Programm der Staatsform, welche wir heute als den freiheitlich-demokratischen und sozialen Rechtsstaat bezeichnen. Sie legen ihr Gewicht gleichmässig auf die Rechte des Individuums und auf das Wohl der Gesamtheit. Raumordnung und Raumplanung finden ihre Rechtfertigung auf der Seite des Gemeinwohls. Das ist jedoch kein selbständiges, überpersönliches Wesen, welches neben die Individuen tritt - das Gemeinwohl soll letztlich immer dem einzelnen Menschen zugute kommen. Als Gegenpole erscheinen das Recht auf Eigentum und die Privateigentumsordnung, Merkmale individueller Persönlichkeitsentfaltung. Zwischen Raumplanung und Eigentum kommt es zu Konflikten, wie immer, wenn Ansprüche von Individuen und Gemeinschaft am gleichen Gegenstand bestehen. Gemeinsamer Gegenstand ist der Boden, ein unvermehrbares Gut, in das sich alle zu teilen haben.
Die Begründung für das Privateigentum greift hoch. Es wird als natürliches, ewiges Recht bezeichnet. Es kommt von Gott oder erscheint dem Menschen schlechthin als vernünftig (3). Hegel stellt das Privateigentum als ein in sich Vernünftiges und Notwendiges auf die gleiche Stufe wie die persönliche Freiheit (4). Auch wer nicht soweit geht, wird anerkennen, dass Privateigentum dem "Schutz der Persönlichkeit in einer der menschlichen Würde angemessenen Existenz" dient (5). Ohne ein gewisses Mass von privaten Verfügungs- und Verwertungsbefugnissen über Sachen ist "äussere Freiheit", die Befriedigung materieller Bedürfnisse und damit eine relative Selbständigkeit des Menschen in einer hochzivilisierten Welt nicht denkbar. Aeussere Freiheit ist Voraussetzung der "inneren Freiheit" des Menschen, der Entfaltung seiner geistigen Bedürfnisse. Ein so verstandener "individualistisch-persönlichkeitsbezogener Gehalt das Eigentums" (6) ist als Kulturwert des christlichen Abendlandes erhaltenswürdig. Er bringt dem einzelnen Menschen körperliches und geistiges Wohl.

---

3 John Locke, Two Treaties of Governement, ed. by P. Laslett, 2. Auflage Cambridge 1967, II, §§ 25 - 51 S. 303ff., L. Strauss, Droit naturel et Histoire, Paris 1954 S. 244ff. (Originaltext Right and History, Chicago 1953), Messner Johannes, das Naturrecht, 3. Auflage Innsbruck/Wien/München 1958 S.948ff., Welzel S. 108ff., Bagi S. 43ff., 51ff., 63ff., 75f., Locher S. 161f., 173ff., 202ff.

4 Grundlinien der Philosophie des Rechts, benützte Ausgabe: Fischer-Bücherei Nr. 877 (1968), §§ 41ff., insbes. § 46 Zusatz (S. 84), § 49 (S. 85), § 62 (S. 94ff.). Hierzu Welzel S. 173ff.

5 Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N 193 S. 100

6 Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N 193 S. 99 sowie Schranken des Grundeigentums S. 264, 267, Bodenproblem S. 21ff., Locher S. 203f., 217ff.

Wenn wir uns dem privaten *Grund*eigentum zuwenden, müssen wir feststellen, dass die vorgetragene Rechtfertigung weithin unglaubwürdig ist. Sie überzeugt nur, soweit die Befriedigung der Wohn-, Arbeitsplatz- und Erholungsbedürfnisse des Menschen als Einzelperson auf dem Spiel steht. Sie versagt, wo der Boden Gegenstand des marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem ist. Als solcher hat er den Charakter einer gewöhnlichen, frei verwertbaren Ware angenommen (7). Das ist er in Wirklichkeit gerade nicht: Die 6,3 Millionen Einwohner der Schweiz leben, verschieden dicht gestreut, auf 41'100 km^2 Bodenfläche. Ein Fünftel dieser Fläche ist vollständig unproduktiv und unbewohnbar. Die Nettosiedlungsfläche, d.h. die Fläche, die den Bewohnern zum Wohnen und Arbeiten dient, den Verkehr bewältigt und mit öffentlichen Bauten und Anlagen belegt ist (8), betrug 1970 schätzungsweise 1'052 km^2 oder 2,5 % der Gesamtfläche der Schweiz (9). Auf einen Einwohner trifft es rund 180 m^2 (10). Die Nachfrage nach Boden konzentriert sich zum grossen Teil auf diese Siedlungsgebiete. Diese Gebiete und damit der Boden für Siedlungszwecke sind nicht wie irgendeine Ware beliebig vermehrbar. Die Nachfrage kann nie annähernd befriedigt werden, wenn als Gesamtheit der Nachfrager die Gesamtheit der Bürger angesehen wird, welche auf diesem Boden leben müssen. Im Jahr 1960 wurden nur 33,7 % aller Wohnungen von ihrem Eigentümern bewohnt (11). Die Mehrzahl der Rechtsgenossen lebt nicht in den eigenen vier Wänden (12). Soweit nicht Eigentum von Gemeinden und anderen öffentlichen oder gemeinnützigen Körperschaften, gehören diese an Dritte vermieteten Wohnungen natürlichen und juristischen Personen. Sie erfüllen einzig den Zweck einer Ware oder einer Kapitalanlage ("Flucht in die Sachwerte") (13). Gleiches gilt für viele der zahllosen Zweitwohnungen in den Erholungslandschaften. Noch erheblich krasser ist das Verhältnis beim Eigentum am Boden des Arbeitsplatzes. Sogar die Landwirtschaft ist hier betroffen, da Landwirtschaftsbetriebe als Kapitalanlagen gesucht sind. Eine Verbindung mit der christlich-abendländischen Tradition als Rechtfertigung für das private Grundeigentum ist hier schlechthin nicht zu sehen. Der Boden erhält seinen Warencharakter einzig durch das Wirtschaftssystem der freien Marktwirtschaft. Dieses System bedingt und rechtfertigt eine umfassende Gewährleistung des Privateigentums. Das Wirtschaftssystem ist weiter entwickelt worden zur marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Sozialordnung (14).

---

7 Saladin S. 39lff., Schaumann, Recht und Landesplanung S. 98, Meier-Hayoz, Bodenproblem S. 5ff.

8 ORL-Richtlinien Blatt 511'542 (1968) S. 2ff., ORL-Leitbilder I S. 162

9 ORL-Vademecum 1973/74 S. 4 und 5

10 ORL-Leitbilder I S. 162

11 Rohr S. 14

12 Einzelne verfügen allerdings über Wohnungseigentum, ohne es selber zu benützen, Rohr S. 14. Darüber sind allerdings keine zuverlässigen Zahlen vorhanden. Es dürfte sich um einen sehr geringen Prozentsatz handeln.

13 Rohr S. 52ff. Hinweise über die Zusammensetzung der Haus- und Bodeneigentümer S. 15ff.

14 Gygi, Wirtschaftsverfassung S. 291

Dieses neue Ordnungsmodell anerkennt die Notwendigkeit, die private Verfügungsmacht des Eigentümers, insbesondere des Grundeigentümers, zu beschränken, soweit dies im Interesse des Gemeinwohls geboten ist (15). Zu hoffen ist, dass damit der Boden seinen Warencharakter allmählich ablegen kann.

Die Rechtfertigung für die Raumordnung und die Raumplanung setzt bei der Art der Bodennutzung an und bei Verhältnissen, die zu einem guten Teil durch die Ueberbeanspruchung legitimer Eigentümerbefugnisse verursacht worden sind. "Die Notwendigkeit der Raumplanung ist ... von zahlreichen, die verantwortlichen Behörden und die öffentliche Meinung bedrängenden Tatbeständen her begründet: Gefahr der Zersiedelung des Landes, Zerstörung von Landschaften, unzweckmässige und teilweise verschwenderische Verwendung des Bodens, Entvölkerung der Berggebiete, kaum mehr zu bewältigender Verkehr in den Städten und insbesondere zwischen Arbeitsort und Wohnort, unverhältnismässige und nicht mehr zeitgerecht vorzunehmende Investitionen in die Versorgungseinrichtungen, in öffentliche Bauten und Anlagen und anderes mehr. Dazu kommen all diejenigen Auswirkungen, die gleichsam Begleiterscheinungen der bedrängenden Grundtatbestände sind: Bodenverteuerung Gefährdung der natürlichen Grundlagen des menschlichen Lebens, wie Luft, Wasser, Boden und des ökologischen Gleichgewichtes in der Natur." (16)

Die Raumplanung ist ein notwendiges Korrelat zum Privateigentum an Grund und Boden. Beide müssen dem Menschen dienen. Ein Vorrang des einen Instituts vor dem andern besteht nicht. Daran ändert nichts, dass das private Grundeigentum heute als historisch gewachsenes, festgefügtes Institut, als Pfeiler unserer Rechtsordnung erscheint, während Raumplanung als Prozess verstanden wird, der eben erst in vollen Fluss gekommen ist. Die Verschiedenartigkeit der Gesichter ist einzig aus der Entstehungsgeschichte unserer Rechtsordnung zu erklären. Auch das private Grundeigentum begann als fliessendes Gebilde ohne feste Konturen. Darin liegt gerade die Chance des jüngeren Instituts. Raumplanung soll nicht nur Reaktion auf überbordenden Gebrauch und Missbrauch von Grundeigentümerbefugnissen sein, sondern ebenso Mittel zur wohnlichen Gestaltung des Landes, zur Mehrung der Lebensqualität (17). Dem Individuum sollen dabei nicht mehr, aber auch nicht weniger Pflichten auferlegt werden, als nötig sind, um dieses Ziel zu erreichen. Die unvermeidlichen Kollisionen zwischen Privateigentum und Raumplanung sind in Gesetzgebung und Rechtsandwendung optimal auszugleichen (18).

Der Jurist, sowohl als Rechtswissenschafter wie als Gesetzesredaktor oder Richter, gewährt heute meistens der Eigentumsgarantie den Vorrang vor der Raumplanung. Raumplanerische Massnahmen sieht

---

15 zu diesem Problem aus evangelisch-theologischer Sicht Locher S. 220f. Ziffer 7

16 Botsch RPG S. 24f.

17 Schaumann, Recht und Landesplanung S. 97, 100, Jagmetti, Raumplanung S. 98f.

18 Lendi, Rechtswissenschaft und Raumplanung S. 168ff., Friauf S. 433

er als Beschränkungen dieses Grundrechts (19). Eine Umkehr ist jedoch im Gang. Die gerechte Eigentumsordnung und der geordnete Raum werden häufiger als zwei gleichwertige Ebenen gesehen, als Aufgaben des sozialen Rechtsstaates. Eigentumsgarantie, Privateigentum und Raumplanung sind die Instrumente, welche die Aufgaben lösen können (20). Für den Bereich der Wirtschaftsverfassung ist eine solche Umwertung in der Arbeit "die schweizerische Wirtschaftsverfassung" von Fritz Gygi entwickelt worden: Der Zweckartikel und der Wohlfahrtsartikel der BV (Art. 2 und 31/1) bilden die Grundlage einer "Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik" (21). Danach ist es Auftrag des sozialen Rechtsstaates, eine "marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Sozialordnung zu verwirklichen" (22). Die in Art. 31 BV gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit hat in dieser Ordnung keinen höheren Rang als die übrigen konstitutionellen Komponenten dieser Verfassung der Wirtschaftspolitik, wozu unter anderem die Arbeitsverfassung (Art. 34 bis BV), die Strukturpolitik (Art 31 bis Abs. 3 lit. a - c BV) und die Geld- und Währungspolitik (Art. 39/3 BV) gehören (23). Eine gleich angelegte , grundlegende Untersuchung über das Verhältnis zwischen Eigentumsgarantie und Raumplanung fehlt bis heute (24). Wer sie unternimmt, hätte die übrigen Verfassungsaufträge einzubeziehen, welche die Gestaltung der materiellen Lebensbedingungen des Menschen bezwecken, insbesondere den Umweltschutz (Art. 24 septies BV) (25).

---

19 Bagi S. 80f., Bonnard No 33f., Meier-Hayoz, Bodenproblem S. 25ff., Peter S. 103ff., Aubert/Jagmetti No 134, Meyer S. 189ff. Gefördert wird diese Betrachtungsweise durch den Aufbau der Staatsrechtspflege, die "geradezu auf die individuell-abwehrende Funktion der Grundrechte eingerichtet ist" (Gygi, Wirtschaftsverfassung S. 352). Das Bundesgericht wird meist nur angerufen, um die Vereinbarkeit öffentlich-rechtlicher Vorschriften mit der Eigentumsgarantie zu überprüfen oder Entschädigungsfragen wegen materieller Enteignung zu beurteilen. Vgl. z.B. BGE 97 I 795, 96 I 558, 89 I 464 sowie Bonnard S. 122ff., insbes. Nos 16ff. und die Arbeit von Zimmerli. Kritisch zur traditionellen Betrachtungsweise ferner Lendi, Rechtwissenschaft und Raumplanung S. 166, Kuttler, Rechtsfragen S. 398, Huber, vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht S. 72f.

20 In diesem Sinn Bundesrat K. Furgler in der Eintretensdebatte des Nationalrats zum RPG, StenBull NR 1974 S. 49

21 Wirtschaftsverfassung S. 287ff., 309ff.

22 ebenda S. 291

23 ebenda S. 360ff.

24 Das Problem berührt Saldin S. 388ff., insbes. S. 399ff.

25 Zum Verhältnis von Raumplanung und Umweltschutz Jagmetti, Raumplanung S. 91ff., Lendi, Raumplanungsgesetzgebung und Umweltschutz S. 125ff.

C Das Eigentum und die Eigentumsgarantie

1. ZUM BEGRIFF UND ZUM INHALT DES EIGENTUMS

Die römische Jurisprudenz der republikanisch-klassischen Epoche verstand unter dem Eigentum die unbegrenzte und ausschliessliche Rechtsherrschaft einer Person über eine Sache. Grenzen setzten diesem grundsätzlich totalen Herrschaftsverhältnis einzig von aussen kommende Einwirkungen, die vom objektiven Recht gesetzt oder in subjektiven Rechten anderer an der Sache begründet waren (26). Seit dem gemeinen Recht wird streng zwischen dieser Begriffsumschreibung und dem Inhalt des Eigentums unterschieden. Der Inhalt wird durch die verschiedenen Rechtsordnungen bestimmt. Er ist nach Zeit und Ort unterschiedlich ausgestaltet (27).
Im deutschen Recht galt das Eigentum als dasjenige Recht, welches die umfassendste unmittelbare Herrschaftsmacht über eine Sache, ein Bündel von Befugnissen, gewährte. Andere dingliche Rechte vermittelten eine enger umgrenzte Sachherrschaft, sie stellten "verselbständigte Eigentumssplitter" dar (28). Anders unterschieden sie sich nicht vom Eigentum. So hatte auch der Eigentümer bestimmte Pflichten - Duldungs-, Unterlassungs- oder Leistungspflichten - zu erfüllen (29). Nach deutschrechtlicher Betrachtungsweise sind die Begrenzungen dem Eigentum begrifflich und inhaltlich immanent und kommen nicht von aussen (30).
Welcher Richtung folgt das schweizerische Recht? Art. 641/1 ZGB lautet:

> Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.

Eine ältere Lehre interpretiert die Bestimmung im Sinne des deutschen Rechts. Eigentum ist "das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache, mit dem sich die dem Eigentümer durch die Rechtsordnung auferlegten Pflichten verbinden, derart, dass die Eigentumsherrschaft nur so weit reicht, als sie mit den dem Eigentümer obliegenden Pflichten vereinbar ist" (31). Die neuere Doktrin bekennt sich zur klassisch-römischen, vom gemeinen Recht übernommenen strengen Scheidung von Begriff und Inhalt des Eigentums (32). Diese

---

26 Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht, 3. Auflage Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949 S. 120

27 Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N 193 S. 97, Liver, Kommentar zu den Grunddienstbarkeiten und Grundlasten, N 80 der Einleitung

28 Gierke S. 359

29 Gierke S. 358, Hübner S. 242ff., Jenny S. 32ff.

30 Gierke ebenda, Haab, Sachenrechtskommentar, N 3 zu Art. 641 ZGB, Peter S. 7ff., 52, 100ff. mit weiteren Nachweisen

31 Haab, Sachenrechtskommentar, N 4 zu Art. 641 ZGB, ferner Ruck Erwin, das Eigentum im schweiz. Verwaltungsrecht, in der Festgabe für Paul Speiser, Basel 1926 S. 20.

32 Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N 183, 193, N 1 - 3 zu Art. 641 ZGB, Liver, Kommentar zu den Grunddienstbarkeiten und Grundlasten, N 81ff. der Einleitung, Peter S. 103ff.

Vorstellung von Eigentum an sich ist jedoch abzulehnen. Sie unterstellt, dass die Erscheinung "Eigentum" losgelöst von Gesellschaft, Zeit und Ort, gleich einem Naturgesetz ewig und unverbrüchlich ist. Abgesehen davon, dass solche Absolutheitsansprüche fast immer fragwürdig sind: entscheidend ist für die Umschreibung des Eigentums einzig, in welcher Form und wie weit die Menschen einer bestimmten Gesellschafts- und Rechtsordnung Herrschaft über Sachen ausüben können, ferner, dass sie die Herrschaftsbefugnisse auf dem Weg der Gesetzgebung selber bestimmen können.
In Deutschland entwickelte die Rechtwissenschaft seit dem Ende des 19. Jahrhunderts die Lehre von der Sozialgebundenheit des Eigentums. Sie anerkennt den Vorrang der Herrschaftsrechte des Eigentümers über seine Sache. Aber diese Rechte sind im Interesse des Gemeinwohls schonend auszuüben. Die Rechtsordnung auferlegt die erforderlichen Bindungen. Die Formel für diese Betrachtungsweise erklärt in Art. 14/2 GG: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen". Neben der Sozialbindungen beeinflussen den Inhalt des Eigentums: Die entschädigungspflichtigen Enteignungen im klassischen (formellen) Sinn und die Aufopferungs- (materielle) Enteignung, die Konfiskation als staatliche Straf- oder Sicherungsmassnahme und die soziale Umschichtung im Sinn einer Depossedierung bestimmter Eigentümerklassen (33).
Soziale Bindungen werden dem Grundeigentümer unter anderem auferlegt im Nachbarrecht (Art. 684ff. ZGB), im Polizeirecht (z.B. Sicherheits- und Gesundheitspolizei, Art. 44 - 110 BauV) und im Raumplanungsrecht. Ihr Umfang ist massgebend zur Abgrenzung zwischen entschädigungslosen und entschädigungspflichtigen Eigentumsbeschränkungen (34). In der schweizerischen Lehre wird die Theorie der Sozialgebundenheit des Eigentums zur Kenntnis genommen, ist aber bis heute wenig fruchtbar gemacht worden (35). Sie wäre jedoch geeignet, Wesentliches zur Klärung des Verhältnisses zwischen Privateigentum an Grund und Boden und Raumplanung beizutragen.

2. DIE EIGENTUMSGARANTIE

Die Garantie des Privateigentums gehört zum klassischen Bestand der Grundrechte. Die amerikanische und französische Menschenrechtserklärung von 1776 und 1789 proklamierten sie, die ersten Revolutionsverfassungen dieser Länder garantierten sie. Auch die erste Verfassung der Schweiz, die Helvetik vom 12.4.1798 garantierte in Art. 9 das Eigentum (36). Später ging das Grundrecht in die Verfassungen der Kantone ein. Im Jahr 1960 anerkannte das Bundesgericht die Eigentumgsgarantie als ungeschriebenes Grundrecht des Bundes (37). Schliesslich wurde in der Volksabstimmung vom 14.9.1969

---

33 Weber S. 347ff. Der Begriff der Eigentumsbeschränkung wird als unverbindlich und ohne juristische Prägnanz abgelehnt.
34 Weber S. 371ff., Reinhardt/Scheuner S. 7ff., 29f., 109ff., 159
35 Huber, vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht S. 58f., Gygi, Eigentumsfreiheit und Landesplanung S. 280ff., Zimmerli S. 143
36 Aubert, Droit constitutionnel I No 8, II No 1740
37 ZBl 62 (1961) S. 69, BGE 89 I 98

die Eigentumsgarantie als Art. 22ter in die Bundesverfassung aufgenommen. Die Bestimmung lautet:

1. Das Eigentum ist gewährleistet.

2. Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.

3. Bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu leisten.

Die neuen Verfassungsnormen verzichten auf den Satz "Eigentum verpflichtet" oder auf eine andere Formel, die unmissverständlich die Sozialpflichtigkeit des Eigentums erklärt. Dass eine solche besteht, lässt sich nur indirekt daraus schliessen, dass das Gemeinwesen Beschränkungen des Eigentums vorsehen kann. Die sprachliche Form und der systematische Aufbau von Art. 22ter BV widerspiegeln damit getreu die herrschende Eigentumslehre. Nach ihr besteht die Eigentumsgarantie aus zwei Komponenten:
Sie ist eine *Institutsgarantie*. Die Lehre von den Institutsgarantien erklärt, gewisse Rechtsinstitute der Rechtsordnung dürften in ihrem Kern- und Wesensgehalt nicht angetastet werden. Es sind die Grundpfeiler der Rechtsordnung. Adressat dieses Verbots ist der Gesetzgeber unterhalb der Verfassungsstufe. Er darf solche Institute weder abschaffen noch in ihrem Kerngehalt aushöhlen (38). So muss es, was das Privateigentum betrifft, "ein Mindestmass von privater Verfügungs- und Nutzungsfreiheit über die Güter geben, das unentziehbar ist". Schutzobjekte sind alle privaten Vermögensrechte, nicht nur das Eigentum im Sinn des Sachenrechts (39). Die Lehre hat in Art. 19/2 GG Eingang gefunden, der verbietet, dass ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf.
In der schweizerischen Rechtsordnung ist die Lehre bis heute wenig fruchtbar geworden. Sie hat bloss die Funktion eines Appells an den Gesetzgeber: Er soll sich auf die Ideale der bürgerlich-liberalen Rechts- und Wirtschaftsordnung besinnen. Die Wirkung dieser Mahnung steht und fällt mit den sich wandelnden Auffassungen von Recht, Staat und Gesellschaft, von deren Mängeln und Missständen, Bedürfnissen und Zielen. Heute verhallt sie oft ungehört. Insbesondere wird das Grundeigentum vielfältigen Bindungen unterworfen, die nicht recht zu der Betrachtungsweise der Institutsgarantie passen. Das betrifft sowohl Verfügungs- wie Nutzungsbefugnisse, Massnahmen, welche im Gegensatz zu den Instrumenten der Raumplanung kaum mehr ernsthaft umstritten sind. Wir nennen als Beispiele für Verfügungsbeschränkungen die Gesetzgebung über den Grundstückerwerb durch Personen im Ausland (40) und über die Veräusserung landwirtschaftlicher Liegenschaften (41). Bekannte Beispiele einschneidender Nutzungsbeschränkungen enthält das Forstrecht.

---

38 Grisel S. 358, Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N 212ff.

39 Meier-Hayoz, ebenda, (Zitat N 213 b), Aubert, Droit constitutionnel II No 2175

40 SR 211.412.41, AS 1974 S. 83

41 Art. 218ff. OR (Sperrfrist), Art. 620ff. ZGB (erbrechtliche Teilungsvorschriften), Art. 6ff. EGG (Vorkaufsrecht)

Das Waldareal darf in seinem Bestande nicht vermindert werden. Es bestehen weitreichende, positiv umschriebene Nutzungspflichten (42). Auch in der Rechtsprechung hinterlässt die Institutsgarantie kaum Spuren. Das Bundesgericht nennt sie zwar häufig (43), ohne ihr jedoch konkrete Wirkungen beizumessen (44).
Die zweite Seite der Eigentumsgarantie ist die *Bestandesgarantie.* Die Eigentumsgarantie grenzt im Bereich aller privater Vermögensrechte (45) die Privatsphäre der einzelnen Personen von staatlichen Eingriffen ab (46). Sie schützt die Vermögensrechte der Rechtsträger in ihrem Bestand. Sie gewährleistet jedoch eine einmal geschaffene, konkrete Ausgestaltung des Privateigentums nicht absolut. Diese Ordnung darf unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen geändert werden. Die wichtigste Funktion der Bestandesgarantie ist die Gewährleistung des Werts aller privaten Vermögensrechte (47). Der Entzug, die Bindungen und die Beschränkungen des Eigentums und der übrigen Vermögensrechte dürfen vom Gemeinwesen nur unter folgenden Voraussetzungen angeordnet werden:

- Die Entziehung von Vermögensrechten durch Verwaltungsakt darf nur unter den Voraussetzungen und im Verfahren der formellen Enteignung und gegen volle Entschädigung erfolgen.
- Sozialbindungen und andere Beschränkungen des Eigentums sind nur zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und, sofern sie eine materielle Enteignung bewirken, gegen Entschädigung erfolgen (48).

---

42 Art. 13ff., 31 FPolG, sowie die kantonalen ForstG

43 BGE 96 I 126, 558 mit weiteren Nachweisen, 99 Ia 37

44 Häufig wird das in ZBl 61 (1960) publizierte Urteil als Fall dargestellt, in dem die Institutsgarantie wirksam geworden wäre, wäre die vorgesehene kantonale Eigentumsbeschränkung nicht bereits an ihrer Unvereinbarkeit mit dem Bundeszivilrecht gescheitert, vgl. Aubert, Droit constitutionnel II No 2175, Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N 213 b, c

45 zum Kreis der geschützten Vermögensrechte Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, Syst. Teil N 215a ff.

46 Meier-Hayoz ebenda N 212, 214a ff., Aubert, Droit constitutionnel II Nos 1750, 2172f.

47 Aubert/Jagmetti N. 141, Zimmerli S. 139

48 vgl. hinten Ziff. E.7.12 und den 6. Teil

D Raumplanung Schweiz

1. RAUMORDNUNG UND RAUMPLANUNG

1.1 Begriffe

Mit der Aufnahme des Art. 22 quater in die Bundesverfassung ist die Raumplanung zu einer Bundesaufgabe geworden. Ueber das hierzu erforderliche Instrumentarium ist im Rahmen der Arbeiten zum Bundesgesetz über die Raumplanung ein gewisser Konsens erzielt worden. Viele Ansatzpunkte werden aus dem Ausland übernommen, vor allem aus der Bundesrepublik Deutschland.
Da Raumplanung menschliches Verhalten regelt und beeinflusst, ist zuerst nach dem Gegenstand dieses Verhaltens zu fragen. Es ist die "räumliche Ordnung", die Raumordnung. Der Raum besteht vorerst aus den physikalischen Elementen der Luft, des Wassers und der Erde. Sie werden von den Bewohnern geformt: es entstehen Bodenkulturen, Siedlungen, Verkehrswege. Die Elemente werden genutzt, verbraucht, verändert. Erinnert sei an den Abbau von Bodenschätzen, die Nutzung des Wassers, die Benützung des Luftraums. Alle diese Prozesse sollen in geordnete Bahnen gelenkt, in eine als richtig empfundene Ordnung gebracht werden. Der geordnete Raum oder die Raumordnung ist also das *Ziel*, das mit dem *Mittel* der Raumplanung erreicht werden soll (49). Die Vorstellungen über die Raumordnung, wie sie sein kann oder sein soll, werden in *Leitbildern* formuliert (50). Die Leitbilder des Instituts für Orts-, Regional- und Landesplanung der ETH Zürich sind ein erster Versuch, für unser Land solche Ordnungsmodelle zu entwickeln. Sie sind das Produkt von Spezialisten. Sollen Leitbilder in das Bewusstsein des Volkes eingehen - was unumgänglich ist, damit sie eine wirkliche Realisierungschance haben -, braucht es allerdings noch erhebliche Anstrengungen. Sonst ist nicht zu vermeiden, dass sich die Trendentwicklung durchsetzt (51). Eine Weiterverarbeitung der ORL-Leitbilder ist das von der Bundesverwaltung entworfene Konzept "CK-73" (52).
Raumplanung kann mithin als "Vorbereitung und Durchführung von Massnahmen, die nach einem zum voraus festgelegten Konzept, bei angemessenem Aufwand und optimalem Nutzungseffekt, eine erwünschte Raumordnung verwirklichen sollen", umschrieben werden (53). Der

---

49 Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung II Spalten 2460ff. und 2542ff., Raumplanung Schweiz, Hauptbericht S. 28f., ORL-Leitbilder III S. 12, Botsch. RPG S. 27ff., Maurer S. 79f., Suter S. 11. Kritisch Aubert/Jagmetti No 52 S. 155

50 ORL-Leitbilder I S. 3ff., Botsch. RPG S. 30f., Maurer S. 81, Rosenstock S. 109f.

51 ORL-Leitbilder I S. 240ff.

52 Es wurde von der Chefbeamtenkonferenz der Bundesverwaltung erarbeitet. Vgl. hierzu das Sonderheft Juni 1974 der Zeitschrift Raumplanung Schweiz, herausgegeben vom Büro des Delegierten des Bundesrates für Raumplanung.

53 Suter S. 11, ferner Raumplanung Schweiz, Hauptbericht S. 29, Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung II Spalte 2542

Raumplanungsartikel der Bundesverfassung begnügt sich aber nicht mit einer allgemeinen Begriffsumschreibung. Er enthält eine Beschränkung auf einzelne Gegenstände, die Teile des umfassend verstandenen Raum- und Raumordnungsbegriffs darstellen, nämlich die "zweckmässige Nutzung des Bodens und die geordnete Besiedelung des Landes". Um diese Formulierung wurde in den eidgenössischen Räten hart gerungen (54). Nach Aubert/Jagmetti ist darunter zu verstehen der Erlass von Zonenordnungen (55), die Planung des Verkehrs, der Versorgung und allenfalls anderer Gegenstände, die aber alle auf den Boden bezogen sein müssen. Beliebige siedlungs- oder wirtschaftspolitische Massnahmen sind nicht zulässig (56). Die Konzeption der Raumplanung als übergreifende Planung führt, auch wenn sie in dieser Weise begrenzt wird, zu Abgrenzungsproblemen gegenüber Bereichen, die bereits Gegenstände anderer Verfassungsbestimmungen sind. Wir nennen den Umweltschutzartikel in Art. 24 septies, die Nutzbarmachung der Wasserkräfte gemäss Art. 24 bis, den Gewässerschutzartikel in Art. 24 quater, den Natur- und Heimatschutzartikel in Art. 24 sexies, die Wasserbau- und Forstpolizei in Art. 24 BV, mit ihren je verschieden verteilten Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen. Die Professoren Aubert und Jagmetti erklären, es dürfte nicht angenommen werden, dass sich an den Kompetenzverteilungen etwas geändert hat. In den Räten wurde dieser Frage wenig Beachtung geschenkt (57). Alle diese Einschränkungen, die sich teils unmittelbar aus dem Verfassungstext ergeben und teils auf dessen Interpretation beruhen, deuten darauf hin, dass das Modell der umfassenden Raumordnung und Raumplanung kaum wird verwirklicht werden können. Es wird Fragment bleiben. Die Raumplanung, wie sie heute in unserem Land verstanden und betrieben wird, befasst sich mit einigen fest umgrenzten Gegenständen, die als "Sachplanungen" bezeichnet werden (58), und begnügt sich mit einem Katalog von Planungsmitteln, deren gesetzlicher Normierung und anschliessender Durchsetzung durch Verwaltungsbehörden und Gerichte. Sachplanungen und Planungsmittel werden zur äusseren Wahrung der Universal-Ansprüche von Raumordnung und Raumplanung als nichtabschliessende Kataloge konzipiert (59). Die einzelnen Sachplanungen sollen sich, so hofft man, schlussendlich zur Gesamtplanung zusammenfügen.
Kernstück dieser "reduzierten" Raumplanung ist die Planung der Bodennutzung. Sie ordnet in den Formen von Besiedelungs- und Land-

---

54 Die Entstehungsgeschichte ist eingehend dargestellt bei Aubert/Jagmetti S. 135ff, Nos 5 - 27

55 Dem in der Schweiz bisher gebräuchliche Begriff der Orts-, Regional- und Landesplanung wurde in Art. 22 quater BV bewusst der Begriff der Raumplanung vorgezogen, da man über den Erlass blosser Zonenplanungen hinausgelangen wollte, Aubert/Jagmetti a.a.O. insbes. Nos 11, 21, 22.

56 a.a.O. Nos 29, 30

57 a.a.O. No 35

58 Maurer S. 81, Suter S. 14

59 So Art. 1 Abs. 2 Entwurf II für ein BG über die Raumplanung bezüglich der Planungsziele und Art. 8 Abs. 1 bezüglich des Inhalts der Gesamtrichtpläne sowie Art. 66, 88, 92 BauG BE. Art. 1 Abs. 2 RPG (definitive Fassung) enthält nun einen langen Katalog von Planungszielen.

schaftsrichtplänen sowie Nutzungs- (oder Zonen) plänen die Art und Weise, in der der Boden zu nutzen ist. Aus ihnen ergeben sich die Anforderungen an die Sachplanungen des Verkehrs, der Versorgung, der öffentlichen Bauten und Anlagen. Das Thema dieser Arbeit befasst sich aus rechtlicher Sicht mit einem Teilgebiet der Bodennutzungsplanung, nämlich mit der Planung des nicht für Siedlungszwecke bestimmten Gebiets, des "Komplementärraums" (60) oder, um den Begriff des bernischen Baugesetzes zu verwenden, mit dem übrigen Gemeindegebiet. Dabei werden wir in Berührung mit anderen Sachplanungen kommen, vor allem mit der Erschliessungs- und Versorgungsplanung (61) und mit der Landschaftsschutzplanung (62).

1.2 Raumordnungs-, Raumplanungs- und Baurecht

Jede Raumordnung und die zu ihrer Verwirklichung notwendige Planung bedürfen einer Ausgestaltung durch das Recht, sollen sie nicht unverbindliche Modelle und Konzepte bleiben (63). In Anlehnung an die Ziel- Mittel-Relation zwischen Raumordnung und Raumplanung ist unter dem *Raumordnungrecht* der Inbegriff der Rechtsnormen zu verstehen, die sich mit dem Zustand des geordneten Raums befassen, und unter dem *Raumplanungsrecht* der Inbegriff der Rechtsnormen, welche die Mittel zur Vorbereitung und Realisierung dieses Zustands betreffen. Eine scharfe Trennung dieser beiden Bereiche ist, obschon begrifflich konstruierbar, bis heute unserer Gesetzgebung unbekannt. Zum Raumordnungsrecht gehören vor allem die Zweck- und Programmartikel, so die Art. 1 und 6 RPG und, als Beispiel eines kantonalen Gesetzes, die Art. 66 und 70 BauG Be. Der weitaus überwiegende Teil der Rechtsnormen ist dem Raumplanungsrecht zuzurechnen. Die Raumplanung ist ihrer Natur nach einer rechtlichen Ordnung leichter zugänglich, weil sie menschliches Verhalten betrifft, während die Raumordnung einen künftigen Zustand beschreiben soll (64). In der Schweiz ist deshalb der Begriff des Raumordnungsrechts noch kaum gebräuchlich. Die wenigen Normen über die Raumordnung laufen meist unter der Kategorie des Raumplanungsrechts mit. Einen verunglückten Trennungsversuch enthielt der Entwurf II für ein BG über die Raumplanung, dessen 2. Teil die Ueberschrift "Raumordnung" trug. Dieser Text enthält jedoch Anordnungen der Raumplanung, nämlich deren gesamtes Instrumentarium (65). Die definitive Fassung bezeichnet diesen Teil nun mit "Inhalt der Raumplanung". In der vorliegenden Arbeit begnüge ich mich mit dem

---

60 hinten Ziff. E.1.2

61 z.B. Ziff. E.1.4, J.1.23, J.7

62 z.B. Ziff. I.4, J.2.24 und 1.24, L.1.33

63 Botsch. RPG S. 30

64 Einer rechtlichen Normierung schwer zugänglich ist die Vorstellung, dass auch die Raumordnung nichts Abschliessendes sein kann, sondern mit Ort, Zeit und gesellschaftlichen Anschauungen und Wertmassstäben wechselt, ihrerseits also in einer wenn auch langsameren Bewegung als die Raumplanung ist. Das Recht kann dem nur dadurch folgen, als die einzelnen Rechtssätze abänderbar sind und neuen Vorstellungen angepasst werden können.

65 Aubert/Jagmetti No 52

Begriff des Raumplanungsrechts und werde auch den verkürzten Begriff des Planungsrechts verwenden, da aus einer strengen Unterscheidung kein wesentlicher Gehalt resultiert.
Das Raumplanungsrecht gehört zum öffentlichen Recht. Gelegentlich stellt es Institute des Privatrechts in den Dienst der Raumplanung. Als Beispiele aus dem bernischen Recht seien die privatrechtlichen Regionalplanungsverbände gemäss Art. 90 BauG und die privatrechtlichen Vereinbarungen zur Durchsetzung einer Gestaltungsplanordnung gemäss Art. 36/2/2. Satz BauG genannt (66).
Das Raumplanungsrecht ist keine völlig neue Disziplin, sondern entwickelte sich in einem langen Prozess aus dem Baupolizeirecht (67). Heute besteht eine grosse Zahl von Abgrenzungstheorien und Begriffsumschreibungen zu diesem Problemkreis (68). Ausgelöst wurde die Diskussion um die systematische Bewältigung des Baurechts und des Planungsrechts grösstenteils dadurch, dass an einem strikten Gegensatz zwischen den beiden Rechtsmaterien festgehalten wird. Das Baurecht gilt als Polizeirecht, also als Recht zur Abwehr konkreter oder abstrakter Gefahren der öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit und Gesundheit. Das Planungsrecht wird als Recht staatlicher Wohlfahrtspflege qualifiziert. Es sprengt den vom Polizeirecht gesetzten Rahmen, beispielsweise dadurch, dass sich seine Massnahmen nicht mehr ausschliesslich gegen die Störer der Ordnung richten. Es wird der Eigentumsordnung nicht gleichgesetzt, sondern ihr untergeordnet. Es erscheint deshalb als Recht, das vor allem in die Rechte und Freiheiten der Bürger eingreift. Ich verzichte darauf, mich eingehend an dieser Abgrenzungsdiskussion zu beteiligen, da sie recht unergiebig erscheint. Ich begnüge mich mit den Begriffen des Raumplanungsrechts und des öffentlichen Baurechts (69). Unter letzterem ist zu verstehen der Inbegriff der Rechtsnormen, welche die Errichtung, die Aenderung, den Abbruch, die Masse, die Konstruktion und die Gestaltung von Bauten und ihnen durch das Gesetz gleichgestellten Anlagen und Vorkehren betreffen. Das Baurecht ordnet die Gegenstände, die sich auf das einzelne Bauwerk beziehen. Im Gegensatz dazu geht das Raumplanungsrecht von einer Gesamtschau aus (70). Es übersetzt die Vorstellungen über eine gleichzeitig grossflächige und differenzierte Ausgestaltung der Bodennutzung mittels Plänen und Vorschriften in rechtlich verbindliche Normen, vielfach verbindlich gerade für die Ausgestaltung der Normen des Baurechts. Diese Unterscheidung mag willkürlich erscheinen, denn die Verbindungen und Verzahnungen der beiden Rechtsgebiete sind überaus zahlreich. Sie ist denn auch vorwiegend durch die Notwendigkeit begrün-

---

66 zu letzterem vgl. Suter S. 123ff.

67 Raumplanung Schweiz, Hauptbericht S. 12ff., Estermann S. 17, Huber, vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht S. 69ff., Suter S. 8ff. Für die Entwicklung in Deutschland: Zinkahn S. VII und IX, Friauf S. 373ff., 436f.

68 vgl. die Darstellung bei Suter S. 1ff.

69 Der Zusatz "öffentlich" ist notwendig, weil es auch noch privates Baurecht gibt, nämlich das Nachbar-Baurecht gem. Art. 684ff. ZGB und ergänzende kantonale Bestimmungen, z.B. Art. 79a ff. BE EG z ZGB in der Fassung von Art. 118 BauG, vgl. Zaugg N 7 der Einleitung und N 2 zu Art. 118 BauG.

70 Suter S. 9

det, den Rechtsstoff irgendwie aufzuteilen, und nicht durch Schlüsse, die sich aus zwingenden, qualitativen Unterschieden der beiden Normenkomplexe ergeben (71). Die Versuche, mit den Begriffen der Polizei als staatlicher Gefahrenabwehr und der Wohlfahrt als der Vorsorge des Staates für seine Bürger zu arbeiten, führen ebenfalls nicht weiter, sondern nötigen höchstens zu weiteren Differenzierungen. Massgebend ist, dass die engen Beziehungen zwischen den Materien erkannt und anerkannt werden. Das sei abschliessend an zwei Beispielen erörtert:
Für die Aufteilung des Baugebietes in Zonen verschiedener Nutzung, Bauweise, Baudichte, Gebäudeabstände etc. lassen sich Argumente sowohl aus der Sicht der Planungsziele wie der Gesundheits- oder Sicherheitspolizei anführen. Eine Aufteilung einzelner Vorschriften in Komponenten der Planung und der Polizei dürfte schwerlich gelingen.
Die Wasserwirtschaftsplanung kennt das Instrument der Grundwasserschutzzonen (Art. 30 GSchG). Sie dienen dem Schutz derjenigen Grundwasservorkommen, welche für die Wasserversorgung benötigt werden. Trotzdem es sich um ein klassisches Planungsinstrument handelt, richten sich die Vorschriften für die Bodennutzung in solchen Zonen einzig nach dem zu schützenden Polizeigut, nämlich der öffentlichen Gesundheit: Schutzzweck ist die Verhinderung von Verunreinigungen des Grundwassers. Sie richten sich unmittelbar gegen den möglichen Störer, nämlich den Grundeigentümer oder einen anderen Nutzungsberechtigten, die durch die Art der Bodenbewirtschaftung wie Kiesausbeutung oder durch die Lagerung wassergefährdender Flüssigkeiten Schädigungen der Trinkwasserversorgung bewirken können.

2. ZIELSETZUNGEN DER RAUMPLANUNG

Wollen wir wissen, was notwendig ist, um einen geordneten Raum zu erhalten, sollten konkrete Vorstellungen über das Aussehen dieses Raumes bestehen. Bekannt ist die Formel von der Selbstverwirklichung des Menschen in einer Umwelt hoher Qualität. Ueber solch allgemeine Zielvorstellungen hinaus ist aber heute kaum ein breiter, tragfähiger Konsens in der Bevölkerung vorhanden. Zu viele verstehen darunter allzu Verschiedenes. Immerhin kristallisieren sich Grundsätze, die der Zustimmung der Mehrheit sicher sein dürften. Sie geben sowohl ein Ziel an wie die Mittel, die zu seiner Verwirklichung notwendig sind. Der Bundesrat hat sie in seiner Botschaft zum Bundesgesetz über die Raumplanung formuliert. Er ging dabei vom Bericht der Arbeitsgruppe des Bundes für Raumplanung aus (72):

- Sicherstellen der Grundlagen des menschlichen Lebens wie von Luft, Wasser, Landschaft, Boden als Ernährungsquelle,
- sparsame Verwendung des Bodens,
- Schaffen der räumlichen Voraussetzungen für die Entfaltung des persönlichen sozialen und wirtschaftlichen Lebens im ganzen Lande,

71 Zaugg N 10 der Einleitung zum BauG. Er trifft eine ähnliche Unterscheidung
72 Botsch. RPG S. 26f.

- Anstreben eines Ausgleichs zwischen wirtschaftlich schwachen und wirtschaftlich starken Gebieten mit finanz- und raumordnungspolitischen Mitteln,
- Abstimmen der Nutzungen des Bodens nach Art, Ausmass, Lage und Gestaltung und Verbindungen,
- Bewahren und Ausgestalten der Schönheiten und Eigenarten der Siedlungen und Landschaften,
- rechtzeitiges Bereitstellen der benötigten Flächen für Siedlungen sowie für öffentliche Bauten und Anlagen,
- angemessene und rechtzeitige Ausstattung der Siedlungsgebiete mit den erforderlichen Einrichtungen des Verkehrs, der Versorgung, des Gesundheitswesens und der Bildung,
- Schutz der Siedlungsgebiete vor Naturgewalten und den Gefahren technischer Werke sowie vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen,
- Gewährleisten einer angemessenen eigenen Ernährungsbasis des Landes und der räumlichen Bedürfnisse der Gesamtverteidigung.

Diese Zielsetzungen sind auch für die Gegenstände der vorliegenden Arbeit wegleitend. Im Hinblick auf die Nutzungsordnung für den Komplementärraum lassen sie sich weiter konkretisieren und verfeinern, was sich notwendigerweise auf das Instrumentarium auswirkt. Das ist deutlich an den in rascher Folge entstehenden neuen oder revidierten Bau- und Planungsgesetzen zu beobachten (73): je differenzierter der Raum ausserhalb der Siedlungsgebiete geplant werden muss, desto umfangreicher werden die hierfür benötigten Mittel. Dabei darf nicht vergessen werden, dass wir uns bloss mit der Ordnung der Bodennutzung beschäftigen. Alle anderen in Diskussion stehenden Massnahmen werden weggelassen, so der Ausgleich zwischen den wirtschaftlich starken und den wirtschaftlich schwachen Gebieten mit finanz- und landwirtschaftspolitischen Mitteln. Auch die Probleme des Bodenrechts können bestenfalls gestreift werden. Breiteren Raum nimmt einzig das Problem der materiellen Enteignung ein.

3. STUFEN DER RAUMPLANUNG

Raumplanung kann nicht von einer zentralen staatlichen Stelle aus betrieben werden, sondern muss sich nach dem Aufbau unserer Staatsstruktur richten. Diese ist geprägt von den Prinzipien des Föderalismus mit seinem Dreistufenbau Gemeinde - Kanton - Bund. Darin werden die Aufgaben nach dem Subsidiaritätsprinzip zugeteilt: die Einheit höherer Ordnung soll nur regeln, was die Kräfte und Mittel der unteren Einheit übersteigt (74). Dieser Stufenbau ist auch massgebend für die Aufgabenzuteilung in der Raumplanung. Er findet seinen Ausdruck in der Fassung des Art. 22 quater BV, im Raumplanungsgesetz des Bundes und in den Bau- und Planungsgesetzen der Kantone. Die Bundesverfassung erteilt dem Bund den Auftrag, Grundsätze für eine

73 hinten Ziff. F.2 und 3

74 Suter S. 13, Zaugg N 1 zu Art. 67 BauG, Rosenstock S. 106f.

durch die Kantone zu schaffende Raumplanung aufzuteilen, mit ihnen auf diesem Gebiet zusammenzuarbeiten und ihre Bestrebungen zu fördern und zu koordinieren. Er hat ferner die Pflicht, bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Erfordernisse der Orts-, Regional- und Landesplanung zu berücksichtigen. Die Hauptaufgabe, nämlich die Durchführung der Raumplanung, liegt somit bei den Kantonen. Ihnen wird die Pflicht zur Planung auferlegt (75). Dazu gehört vor allem der Erlass von kantonalen Gesamtrichtplänen (76). Wie die Kantone ihre Planungsaufgaben aufteilen, haben sie selbst zu bestimmen (77). Als Beispiel sei die bernische Ordnung genannt. Art. 67 BauG verankert unter dem Marginale "Planungsstufen, Zuständigkeit" die Stufenfolge Gemeinde - Region - Kanton:

> [1] Die Planung des Kantonsgebietes wird in den Stufen der Ortsplanung, der Regionalplanung und der Kantonsplanung vollzogen.
>
> [2] Die Ortsplanung befasst sich mit der baulichen Ordnung des Gemeindegebietes. Sie ist Sache der Gemeinden. Art. 15/1 ist sinngemäss anwendbar.
>
> [3] Die Regionalplanung bearbeitet die baulichen und planerischen Aufgaben eines grösseren, wirtschaftlich und geographisch zusammenhängenden Gebietes, die von den beteiligten Gemeinden nur gemeinsam zweckmässig gelöst werden können.
>
> [4] Die Kantonsplanung verfolgt die kantonalen und überregionalen Interessen der Planung. Sie kann den Schutz von regionalen Interessen übernehmen, die wegen des Fehlens einer genügenden Regionalplanung gefährdet sind.

Die Aufgaben der Raumplanung werden den Gemeinden delegiert, also deren übertragenem Wirkungsbereich zugerechnet (78). Die Bestimmung nennt ferner ein neues Element in der Landschaft unserer Staatsstruktur, die Region. Sie soll eine nach wirtschaftlichen und geografischen Gesichtspunkten gebildete überörtliche Einheit sein. Sie stellt die hergebrachte dezentralisierte Verwaltungsstruktur des Kantons in Frage, nämlich die Bezirksverwaltung: das Gebiet der 30 Amtsbezirke deckt sich nur in wenigen Fällen mit den 29 Planungsregionen, die das kantonale Planungsamt bezeichnet hat. Die Gründung von Regionalplanungsverbänden richtet sich nun weitgehend nach dieser Ausscheidung (79). Das Baugesetz widmet der Regionalplanung einen eigenen Abschnitt (Art. 86ff.). Die Gemeinden können sich hierfür zu privatrechtlichen Korporationen oder zu öffentlich-rechtlichen Gemeindeverbänden zusammenschliessen (Art. 86/1). Während bis Ende 1973 18 privatrechtliche Planungsverbände gegründet worden sind,

---

75 Botsch. RPG S. 24, Aubert/Jagmetti No 28, Rosenstock S. 107ff.

76 Art. 5ff. RPG, Maurer S. 83ff., Rosenstock S. 110f.

77 Botsch. RPG S. 24

78 Zaugg N 4 der Vorbemerkungen zu Art. 1 - 12, N 2 der Vorbemerkungen zu Art. 13 - 40 BauG, Suter S. 148

79 Das kant. Planungsamt hat eine spezielle Uebersichtskarte über die Regionen geschaffen.

fehlt vorderhand ein öffentlich-rechtlicher Verband.
Die Planungen der einzelnen Stufen müssen aufeinander abgestimmt werden. Insbesondere dürfen Plananordnungen von Einheiten einer unteren Stufe solchen des übergeordneten Verbands nicht widersprechen. Das Ziel einer in sich vollständigen und widerspruchsfreien Planung wird mit dem Begriff der *durchgehenden Planung* bezeichnet (80). Es bedingt ein ausserordentliches Mass an Koordination und Kooperation aller Planungsträger sowohl in horizontaler Richtung, d.h. der Planungsträger der einzelnen Stufen unter sich, wie in vertikaler Richtung, d.h. der einzelnen Planungsstufen zueinander (81).

4. MITTEL DER RAUMPLANUNG. EINE UEBERSICHT UEBER EINIGE INSTRUMENTE DES BAU- UND DES PLANUNGSRECHTES

4.1 Stufen in der Realisierung der Raumplanung

Bei der Durchführung und Verwirklichung einer Planung sind drei Phasen zu unterscheiden:

4.11 DIE BESTANDESAUFNAHME

Die Planung kann bei der Gestaltung der Umwelt nicht neu beginnen. Sie muss als erstes die bestehenden, raumplanerisch relevanten Verhältnisse genau feststellen (82). Eine solche Bestandesaufnahme soll möglichst umfassend sein. Dazu gehören die Bereiche des Naturraumes, des Siedlungsraums, der Bevölkerung, der Wirtschaft und des Verkehrs, der Infrastruktur, der Verwaltung und der Finanzen (83). Sie bildet die Grundlage für die eigentliche Planung. So verlangt das bernische Recht in Art. 111/1 BauV die Feststellung dieses "Ist-Zustandes" vor jeder Ortsplanung. Ein weitergehendes rechtliches Instrumentarium ist nicht erforderlich, denn die Bestandesaufnahme entfaltet noch keine Rechtswirkungen.

4.12 DIE EIGENTLICHE PLANUNGSPHASE

Aufgrund der in Leitbildern formulierten Zielsetzungen und nach der Bestandesaufnahme folgt das Kernstück jeder Planung, die eigentliche Planungsphase, in der die Planung "programmiert" wird. Der *Gesamtplan*, der die räumliche Entwicklung im Ueberblick und Gesamtzusammenhang umfassend darstellen soll (84), besteht aus verschiedenen *Teilplänen*,

---

80 Art. 2 Abs. 1 RPG, Raumplanung Schweiz, Hauptbericht S. 35ff., Rosenstock S. 106ff., Zaugg N 9 der Einleitung zum BauG

81 Eingehend der Bericht Raumplanung Schweiz, Hauptbericht, 3. Kapitel S. 42ff., ferner Rosenstock S. 107.

82 ORL-Richtlinien Blatt 511'503 (1967), Schaumann S. 33

83 Einteilung gemäss Boesler, Strukturforschung, im Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung III S. 3327. Eine andere Einteilung findet sich bei Meyer Konrad S. 288f. Ferner Winkler S. 17f.

84 Raumplanung Schweiz Band 1, S. 31, Maurer S. 80ff., Winkler S. 19ff., Arnegger S.

die bestimmte Sachbereiche zum Inhalt haben. Dazu gehören die Teilpläne der Landschaft, der Siedlung, des Verkehrs, der Versorgung und der öffentlichen Bauten und Anlagen (85). Von erheblicher Bedeutung sind die Zeiträume, für welche geplant wird. Sie werden "Zustände" bezeichnet: Z_0 für die Gegenwart oder den Ist-Zustand, Z_1 für jenen Zeitbereich, "auf den im allgemeinen grössere Pläne ausgerichtet sind, also etwa 15 - 25 Jahre in die Zukunft", auch "Planungszeit" genannt, Z_2 für jenen Zeitbereich, "für den noch sinnvolle Aussagen gemacht werden können, üblicherweise die doppelte Planungszeit" (86).

4.121 Die Richtplanung

Ihre rechtliche Gestalt findet die Gesamtplanung in der Richtplanung. Nach Art. 5/1 RPG legen die Kantone die Grundzüge der künftigen nutzungs- und besiedlungsmässigen Entwicklung ihres Gebietes in Form von *Gesamtrichtplänen* fest. Diese umfassen in der Regel *Teilrichtpläne* der Besiedlung und der Landschaft, des Verkehrs, der Versorgung sowie der öffentlichen Bauten und Anlagen (Art. 7/1, 10ff.). Die rechtlichen Wirkungen der Richtpläne sind beschränkt. Sie haben verwaltungsanweisende Kraft, was bedeutet, dass sie für die Behörden, die sich mit Aufgaben der Raumplanung befassen, verbindlich sind, und zwar für diejenigen des Bundes, der Kantone, der Gemeinden und sonstiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften sowie für private Planungsorganisationen (Art. 8/1 RPG). Die Tragweite dieser Rechtswirkung ist noch wenig geklärt. Sie dürfte etwa derjenigen von Verwaltungsverordnungen gleichkommen, welche nur verwaltungsinterne Verbindlichkeit besitzen (87), vermehrt um vertikale Bindungen zwischen den Planungen eines Kantons, seinen Regionen und Gemeinden. Unbestritten ist, dass sie für die Grundeigentümer keine unmittelbaren Bindungen entfalten. Eine indirekte Wirkung ihnen gegenüber ist jedoch möglich und oft auch beabsichtigt (88).

4.122 Insbesondere im bernischen BauG

Die bernische Baugesetzgebung enthält eine detaillierte Regelung über Begriff, Zweck, Inhalt, Rechtswirkungen und Verfahren der Richtplanung. Die Zielsetzungen der Gesamtplanung sind in Art. 66 BauG festgelegt (89). Sie besteht aus der Nutzungs-, der Erschliessungs- und der Finanzrichtplanung. Der entsprechende Artikel 70 BauG lautet:

> [1]Der Gemeinderat legt in Richtplänen als Planungsziel namentlich die künftige Nutzung des Gemeindegebiets (Nutzungsrichtplan) und die vorgesehene Erschliessung

---

85 Maurer S. 82, Aregger S. 27

86 ORL-Richtlinien Blatt 511'503 (1967) S. 1. Heute besteht die Tendenz, die Zeitspannen zu verkürzen auf 10 - 15 Jahre (Z_1) und 20 - 25 Jahre (Z_2), so Art. 11 und 26 RPG. vgl. ferner ORL-Leitbilder III S. 18

87 Forsthoff S. 83ff.

88 vgl. z.B. Ziff. E...2 und J...

89 Sie sind hinten in Ziff. E.1 genannt

(Erschliessungsrichtplan) fest. Er berücksichtigt dabei die Bedürfnisse der Gemeinde, prüft die zur Planverwirklichung erforderlichen finanziellen Aufwendungen und die dafür verfügbaren Mittel (Finanzrichtplan).

[2]Die Richtpläne gelten als Grundlage für eine zweckmässige Gestaltung der Gemeindebauvorschriften (Art. 13ff.) und für die Erschliessung des Gemeindegebiets. Für die Grundeigentümer sind sie nicht bindend.

Das Richtplanverfahren und die Wirkungen der Richtpläne sind in den Art. 115ff. BauV geregelt. Auch nach bernischem Recht haben die Richtpläne verwaltungsanweisende Kraft. Sie sind von den Gemeindebehörden bei ihrer Verwaltungstätigkeit, insbesondere bei der Ausarbeitung von Gemeindebauvorschriften einzuhalten (Art. 118/1 BauV) und von den regionalen Planungsorganisationen und den staatlichen Verwaltungsorganen zu beachten, soweit sie ihnen im Bereinigungsverfahren (90) zugestimmt haben und keine Abweichungen gerechtfertigt sind (Art. 118/3 BauV). Abweichungen sind begründet, wenn die Verhältnisse sich verändert haben oder begründete Einsprachen gegen die aufgrund der Richtpläne ausgearbeiteten Gemeindebauvorschriften vorliegen (Art. 119/1 BauV). Unter diesen Voraussetzungen können auch die Gemeindebehörden von den Richtplänen abweichen. Da diese vom Gemeinderat beschlossen und in Kraft gesetzt werden (Art. 117/1 BauV), ist das zur Beschlussfassung über Gemeindebauvorschriften zuständige Gemeindeorgan überhaupt nicht an sie gebunden, es sei denn, es habe bei deren Festlegung mitgewirkt (Art. 119/2 BauV). Der Beschluss über die Richtpläne kann nämlich auch diesem Organ übertragen werden (Art. 117/1/2. Satz BauV), jedoch nicht im Einzelfall, sondern nur generell im Organisations- oder im Baureglement (91).

4.13 Die Realisierung der Planung

An die Planungsphase schliesst sich die Realisierungsphase an. Hierfür muss der Gesetzgeber geeignete Instrumente schaffen, da eine freiwillige Befolgung des in der Richtplanung niedergelegten Planungsprogramms durch die betroffenen Personen und Verbände nicht erwartet werden kann. Die Phase der Realisierung der Planung wird in den Art. 25 RPG als *Nutzungsplanung* bezeichnet. Sie besteht im Erlass von *Nutzungsplänen* und den dazugehörigen *Nutzungsvorschriften* (Art. 25). Pläne und Vorschriften bilden zusammen die *Nutzungsordnung* des Plangebiets (92).
Im folgenden beschränken wir uns auf die Instrumente der Ortsplanung und auf das bernische Recht. Die Bestimmungen des Raumplanungsgesetzes des Bundes enthalten bloss einzelne Grundsätze, da nach Art. 22 quater 1 BV in erster Linie die Kantone für die Realisierung der Raumplanung zuständig sind. Zur Terminologie ist festzuhalten, dass die Begriffe Nutzungsplan (gemäss RPG) und Zonenplan (gemäss BauG) identisch sind. Die Gemeinden arbeiten ihre Gemeindebauvorschriften aufgrund der Richt-

---

90 hinten Ziff. E.3.32
91 Zaugg N 7 zu Art. 70 BauG
92 Schaumann S. 35

planung aus (Art. 70/2 BauG, Art. 111/2 BauV). Sie gliedern sich in die *bau- und planungsrechtliche Grundordnung*, bestehend aus dem Baureglement und dem Zonenplan, und in allfällige *Sonder- oder Teilbauordnungen*, die für bestimmt umgrenzte Gebiete in der Form von Ueberbauungsplänen, Gestaltungsplänen und Sonderbauvorschriften erlassen werden können (Art. 13 BauG). Diese Vorschriften stellen *allgemeinverbindliches Gemeinderecht* dar (93).

4.14 DAS BAUREGLEMENT

Es weist die übliche Form gesetzgeberischer Erlasse der Gemeinden auf und wird gemäss Art. 41/1 BauG nach den dafür geltenden Verfahrensvorschriften erlassen (94). Die Gemeinden regeln im Baureglement diejenigen Gegenstände, die für eine geordnete Ueberbauung ihres Gebietes nötig sind. Art. 17 BauG enthält eine lange, jedoch nicht abschliessende Aufzählung dieser Gegenstände. Soweit übergeordnete, zwingende Vorschriften von Bund und Kanton bestehen, ist die Gesetzgebung durch die Gemeinde ausgeschlossen (95).

4.15 DER ZONENPLAN

Er ist das zweite Instrument der bau- und planungsrechtlichen Grundordnung der Gemeinde. Mittels karthographischer Darstellung teilt er das Gemeindegebiet in verschiedene Flächen oder Zonen ein "mit dem Zweck, diese einer bestimmten wirtschaftlichen und baulichen Nutzung zuzuweisen oder sie von Ueberbauung freizuhalten" (96). Für die einzelnen Zonen gelten also verschiedene Vorschriften. Sie sind im Baureglement enthalten. Die beiden Planungsinstrumente bilden somit eine Einheit. Der Zonenplan ist kein blosses Hilfsmittel und kein Anhang zum Baureglement (97), sondern er bestimmt die bauliche Nutzungsordnung der einzelnen Grundstücke in verbindlicher Weise.
Ich kann der umstrittenen Frage, ob der Zonenplan als generell-abstrakter Rechtssatz oder als individuell-konkrete Verfügung zu qualifizieren ist, nicht im einzelnen nachgehen. Die Lehre und die Rechtsprechung vertreten bald diese, bald jene Meinung oder lassen die Frage unbeantwortet (98). Meines Erachtens ist die Auffassung zutreffend, es handle sich beim Plan um eine Mischform oder um ein aliud zu der hergebrachten

---

93 Schaumann S. 34

94 Verordnung des Regierungsrates über die Gemeindereglemente und die staatliche Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung vom 5.4.1938, §§ 1 - 10. Art. 41/2 und 68/1 BauG und Art. 120 und 135 BauV enthalten einzelne Abweichungen.

95 Zaugg N 1 und 2 zu Art. 17 BauG, hinten Ziff. L

96 Zaugg N 1 zu Art. 20 BauG

97 in diesem Sinn Schaumann S. 34

98 Uebersichten bei Balscheit S. 17ff. und bei Suter S. 22ff. Das bernische Verwaltungsgericht betrachtet den Zonenplan seit jeher als gesetzgeberischen Erlass, vgl. MbVR 63 (1965) S. 411ff. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist uneinheitlich und hängt vom je zu beurteilenden Plan ab, BGE 90 I 350, 94 I 341, 350, ZBl 66 (1965) S. 432.

rechtsstaatlichen Formtypologie (99). Dies zeigt sich besonders in der Ordnung des Planerlassverfahrens und des Rechtsschutzes für die von Zonenplänen Betroffenen: Art. 41/1 BauG erklärt für den Erlass, die Aenderung und die Aufhebung von Zonenplänen die Verfahrensvorschriften für Gemeindereglemente als anwendbar. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Erlass eines Zonenplans ist ausgeschlossen (100). Ebenso ist eine nachträgliche Ueberprüfung eines rechtskräftig gewordenen Zonenplans im Baubewilligungsverfahren in der Regel nicht möglich. Dies hat zur Folge, dass im Planerlassverfahren *allen* Betroffenen rechtliches Gehör zu verschaffen ist. Deshalb sind, anders als beim Erlass anderer Gemeindereglemente, nicht nur die Stimmbürger, sondern alle in ihren dinglichen Rechten Betroffenen zur Einsprache legitimiert (101). Die in dieser Weise umschriebene Einsprachelegitimation ist nicht dem Verfahren zum Erlass von Rechtssätzen, sondern demjenigen zum Erlass von Verfügungen eigen (102). Gleiches gilt für die Kognition des Bundesgerichts. Es überprüft unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich, nämlich im Baubewilligungsverfahren, gleichgültig um die Qualifikation des Plans als Rechtssatz oder Verfügung, seine Rechtmässigkeit, und zwar dann, "wenn seit der Planfestsetzung Umstände eingetreten sind, welche die Gültigkeit des Plans in Frage stellen, oder wenn die betroffenen Grundeigentümer nicht befähigt oder nicht veranlasst waren, ihre Rechte im Planfestsetzungsverfahren wirksam zu wahren, sei es, dass das Verfahren ihnen nicht die Möglichkeit dazu bot oder dass sie die rechtliche Tragweite des Plans noch nicht klar erkennen konnten" (103).

4.16 Ueberbauungsplan, Gestaltungsplan, Sonderbauvorschriften

Eines der wichtigsten Planungsinstrumente des bernischen Bau- und Planungsrechts ist der *Ueberbauungsplan*, im BVG Baulinienplan, im AlignementsG Alignementsplan genannt. Seine Bedeutung liegt in seiner vielseitigen Anwendbarkeit, die aus der Zweckbestimmung und der Inhaltgebung in Art. 31/1 BauG hervorgeht:

> In kommunalen Ueberbauungsplänen wird die Ueberbauung von bestimmt zu bezeichnenden Teilen des Gemeindegebiets geordnet, indem festgelegt werden:
>
> a Baulinien
>
> b der Raum von Verkehrsanlagen, wie von Strassen und Plätzen (Strassenlinien), von Industriegeleisen und dergleichen
>
> c Anlagen des Wasserbaus
>
> d das Leitungsnetz
>
> e Freiflächen, Grünflächen, Schutzgebiete und Gefahrenzonen

99 Balscheit S. 53ff., Imboden, Plan S. 141, Forsthoff S. 196
100 MbVR 63 (1965) S. 411ff.
101 Zaugg N 2 c zu Art. 41 BauG
102 Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 212 S. 551.
103 ZBl 66 (1965) S. 432, Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 212 S.

f Flächen für die Gestaltung von Ortszentren

g Flächen der Quartiergestaltung und der Altstadtsanierung

Der Ueberbauungsplan kann somit je nach dem Planinhalt folgende Funktionen einzeln oder kumulativ erfüllen:

- Er regelt die *Ueberbaubarkeit* bestimmter Gebiete. In Gemeinden ohne Zonenplan (104) bezeichnet er das Baugebiet. In Gemeinden mit Zonenplan dient er als zweite Etappe zur Realisierung der Ortsplanung, wenn er die Bauweise näher regelt, beispielsweise durch Baulinien. Gelegentlich wird er zur Erweiterung der Baugebietes benützt (105).
- Mittels eines Ueberbauungsplans können bestimmte Gebiete von der *Ueberbauung ausgeschlossen* werden. Der Plan bezeichnet dann Freiflächen, Grünflächen, Schutzgebiete oder Gefahrenzonen (106).
- Er ist *Erschliessungsplan*, wenn er die zur Erschliessung eines Baugebiets nötigen Anlagen und Leitungen festlegt. Auch in dieser Funktion stellt er oft den zweiten Schritt in der Verwirklichung der Nutzungsrichtplanung dar.

Der *Gestaltungsplan* im Sinn der Art. 36f. BauG, im BVG als Bebauungsplan bezeichnet, dient zur Verwirklichung von Bauprojekten, welche die bau- und planungsrechtliche Grundordnung sprengen würden. Dazu gehören differenzierte, komplexe Arealüberbauungen oder Sonderbauformen wie Hochhäuser und Terrassenüberbauungen (107).
Sonderbauvorschriften sind besondere Vorschriften zu einem Ueberbauungs- oder Gestaltungsplan. Sie können vom Baureglement abweichen und gelten nur für das Plangebiet. Sie bilden also eine von der baurechtlichen Grundordnung abweichende Sonder- oder Teilbauordnung (108).
Ueberbauungs- und Gestaltungspläne sowie Sonderbauvorschriften sind Erlasse des Gemeindegesetzgebers. Da sie oft bauliche Einzelheiten regeln und damit die Interessen der Grundeigentümer stark berühren, enthält das Baugesetz eine detaillierte Verfahrensordnung, welche die privaten Interessen stärker berücksichtigt als diejenige für den Erlass von Gemeindereglementen (109).
Das Baugesetz kennt im weiteren auch *regionale* und *kantonale* Ueberbauungspläne. Die Einzelheiten sind in den Art. 89 und 93f. enthalten.

4.17 Instrumente der Erschliessungsplanung

4.171 Basis- und Detailerschliessung, Detailerschliessungsplan

Das bernische Bau- und Planungsrecht kennt neben dem Ueberbauungsplan noch weitere Instrumente der Erschliessungsplanung. Es sind recht komplizierte Gebilde, die viele Fragen aufwerfen, welche der Klärung harren.

---

104 hinten Ziff. E.3.4
105 hinten Ziff. E.3.43
106 hinten Ziff. D.5.5
107 Suter S. 60ff.
108 Art. 38ff. BauG, Zaugg N 1 zu Art. 38
109 Art. 42 und 43 BauG, Art. 120 und 122 - 135 BauV

Die *Basiserschliessung* (oder Groberschliessung) wird in Art. 71/1 BauG definiert:

> Die Basiserschliessung versorgt das Baugebiet mit den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen (Strassen, Wasser- und Energieversorgung, Abwasserableitung und -reinigung).

Da die Baulanderschliessung eine öffentliche Aufgabe ist, sind die Gemeinden verpflichtet, ihr Baugebiet mit den Anlagen der Basiserschliessung auszurüsten (110). Absatz 2 des Art. 71 BauG bestimmt hierzu:

> Der Gemeinderat legt die Basiserschliessung im Erschliessungsrichtplan oder in besonderen Richtplänen als etappenweise auszuführendes Programm fest. Verbindlich geordnet wird die Basiserschliessung in den Ueberbauungsplänen (Art. 31ff.).

Im weiteren sind die speziellen Gesetzgebungen für die einzelnen Erschliessungsanlagen zu beachten (111). Die Grundeigentümer ihrerseits sind verpflichtet, die *Detail-* oder *Feinerschliessung* zu erstellen. Diese verbindet ihre Grundstücke mit den Hauptsträngen. Die Art. 73 - 78 BauG und 136 - 145 BauV regeln die Detailerschliessung eingehend. Art. 136/2 BauV legt Richtlinien für die Abgrenzung von Basis- und Detailerschliessungen fest.
Anlagen der Basiserschliessung werden in Ueberbauungsplänen, solche der Detailerschliessung in *Detailerschliessungsplänen* festgelegt. Letztere kommen entweder durch Vereinbarung der beteiligten Grundeigentümer zustande, oder werden, wenn diese sich nicht einigen können, durch die Gemeinde in der Form von Ueberbauungsplänen bestimmt. Beide Verfahren sind in den Art. 138 - 144 BauV geregelt. In beiden Fällen bedürfen die Pläne zu ihrer Verbindlichkeit der Genehmigung der zuständigen Gemeindebehörde und der kantonalen Baudirektion.

4.172 Das generelle Kanalisationsprojekt

Der Bund verfolgt mit dem Gewässerschutzgesetz auch raumplanerische Ziele. Dazu verwendet er das Instrument des generellen Kanalisationsprojekts (GKP). Das GKP stellt in Form eines Plans dar:

- die Sammelleitungen in einem bestimmt zu bezeichnenden Gebiet, welche die darin anfallenden Abwässer aufnehmen,
- den Standort der Abwasserreinigungsanlage,
- den Auslauf des gereinigten Wassers in den Vorfluter (112).

---

110 Zaugg N 1 zu Art. 71 BauG, Art. 28 RPG

111 Wassernutzungsgesetzgebung, Gewässerschutzgesetzgebung, Strassenbaugesetzgebung usw., welche Bestimmungen über die Pflichten des Gemeinwesens und der Privaten zum Bau und Unterhalt der Anlagen enthalten. Was bezüglich der Komplexität des Erschliessungsrechts nach BauG gesagt wurde, gilt erst recht für die Gesamtheit dieser Materie.

112 Pfisterer Thomas, das Recht der Abwasserzweckverbände, Diss. Bern, Aarau 1969 S. 15, 17

Es ist ein technischer Plan, der möglichst umfassend über Art und Anlage der Leitungen Auskunft geben soll.
Das GKP ist die Grundlage für die von den Gemeinden zu erstellenden Kanalisationen. Es ist im Erschliessungsrichtplan mit den übrigen Erschliessungsanlagen zu koordinieren. Damit hat es an der verwaltungsanweisenden Kraft des Richtplans teil. Ueber die Subventionsbedingungen und die Aufsichtspflichten können die übergeordneten kantonalen und eidgenössischen Instanzen die Einhaltung und Realisierung des GKP steuern.
Das Bundesrecht enthält nur spärliche Hinweise auf das Planerlassverfahren. Art. 17 AGSchV schreibt vor, dass die zuständige kantonale Behörde für eine rechtzeitige Ausarbeitung der GKP durch die Gemeinden und allfällige andere Pflichtige sorgt und sie genehmigt. Aufgrund der Kompetenz zum Erlass von Vollzugsvorschriften können die Kantone weitere Verfahrensvorschriften aufstellen, wozu ihnen ein weiter Spielraum bleibt. Betrachten wir die Regelung im bernischen Recht:

- Das GKP ist Teil des kommunalen Abwassersanierungsplans, der gemäss Art. 20 KGV in Form eines Richtplans erlassen wird. Dieser bezeichnet sämtliche Massnahmen, die zur vollständigen Sanierung der Abwasserreinigung in der Gemeinde erforderlich sind. Im Gegensatz zu den Richtplänen nach Baugesetz wird der kommunale Abwassersanierungsplan von der zuständigen kantonalen Behörde, der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft genehmigt (Art. 27 KGV).

- In Ueberbauungsplänen gemäss Art. 31 BauG können Abwasserleitungen rechtsverbindlich festgelegt werden.

- Schliesslich bestimmt Art. 130a WNG, dass "die Linienführung für öffentliche Leitungen im gleichen Verfahren wie die Baulinien festgelegt werden". Es handelt sich hier um Ueberbauungspläne, welche nur gerade Kanalisationsleitungen enthalten. Zuständig für die Genehmigung ist deshalb die Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft.

5. EINIGE BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

Es herrscht heute ein Wirrwarr von Termini und Begriffsbestimmungen für die Bezeichnung raumplanerischer Massnahmen. Das gilt sowohl für die technische Fachsprache der Disziplin Raumplanung wie für die Rechtsbegriffe in der Bau- und Planungsgesetzgebung. Im folgenden soll deshalb ein Ueberblick über die geläufigsten Rechtsbegriffe vermittelt werden. Ihm liegt die Begriffssystematik des BG über die Raumplanung zugrunde. Art. 10 bestimmt, dass die Kantone in den Richtplänen der Besiedlung und der Landschaft folgende Nutzungsgebiete vorzusehen haben:

- Siedlungsgebiet
- Landwirtschaftsgebiet
- Forstgebiet
- Erholungsgebiet
- Schutzgebiet
- übriges Gebiet

5.1 Das Siedlungsgebiet, das Baugebiet und die Bauzone

Art. 11/1 RPG enthält eine Anweisung zur Ausscheidung des *Siedlungsgebietes*. Als solches darf nur Land bezeichnet werden, das sich zur Besiedlung eignet und bereits weitgehend überbaut ist oder in absehbarer Zeit, längstens aber innert 20 - 25 Jahren seit Erlass der Gesamtrichtpläne für eine geordnete Besiedlung benötigt wird und innert dieser Frist erschlossen werden kann. Die Ausscheidung darf keine übermässig grossen Ballungsräume zur Folge haben. Da das Siedlungsgebiet nur am Rande den Gegenstand dieser Arbeit berührt, können wir auf die einzelnen Elemente dieser Umschreibung nicht weiter eintreten. Für die Kriterien der Eignung sei auf Ziff. E.1.1 und 1.4 verwiesen.
Das bernische Baugesetz enthält an verschiedenen Stellen, so in Art. 14, den Begriff des *Baugebiets*. Er dient als Sammelbegriff für die verschiedenen Formen, mit denen die Gemeinden das zur Ueberbauung bestimmte Land in verbindlicher Weise festlegen können. Zum Baugebiet gehören

- die in den Zonenplänen festgelegten Bauzonen (Art. 14/1/a BauG),
- die in Ueberbauungsplänen zur Erschliessung und Ueberbauung vorgesehenen Landflächen (Art. 14/1/b BauG),
- beim Fehlen eines Zonenplans und einer Erschliessungsplanung das von einer Gemeinde effektiv erschlossene Land (Art. 14/1/b und 15/3 BauG).

Der Begriff des Baugebiets deckt sich somit weder mit dem des Siedlungsgebiets noch mit dem der Bauzone.
Innerhalb des Siedlungsgebietes sind im Rahmen der Nutzungspläne Bauzonen auszuscheiden. Nach Art. 26 RPG darf nur Land eingezont werden, das bereits weitgehend überbaut ist oder längstens innert 10 - 15 Jahren für die Ueberbauung benötigt und innert dieser Frist erschlossen wird. Nach der Begriffsbestimmung in Art. 21/1 BauG sind Bauzonen "Teile des Baugebietes, für welche gleiche Vorschriften über Art und Grad der Nutzung gelten".

5.2 Das Landwirtschaftsgebiet und die Landwirtschaftszone

Art. 12/1 RPG bestimmt, dass als Landwirtschaftsgebiet Land auszuscheiden ist, das sich für die landwirtschaftliche Nutzung eignet. Ueberdies ist ihm Land zuzuweisen, das im Gesamtinteresse landwirtschaftlich genutzt werden soll. Absatz 2 nennt weitere Ausscheidungskriterien. So sind die Erfordernisse einer rationellen, produktionsorientierten Landwirtschaft zu berücksichtigen. Es sind nach Möglichkeit grössere zusammenhängende Landwirtschaftsgebiete auszuscheiden.
Diese Umschreibung enthält zwei Komponenten:

- Die Eignung eines Gebietes für die landwirtschaftliche Bodennutzung. Sie wird bestimmt nach dem "Mass für eine mehr oder weniger günstige Kombination von Standortfaktoren für die landwirtschaftliche Nutzung (113). Die Böden können nach Art und Grad der Eignung abge-

---

113 ORL-Richtlinien Blatt 512'541 (1971) S. 1

stuft werden. Die Resultate werden in Eignungskarten festgehalten (114).
- Die raumordnerische Zielsetzung, dass geeignete Gebiete der landwirtschaftlichen Nutzung *erhalten* bleiben sollen.

Die Landwirtschaftszone ist Bestandteil des Nutzungs- (oder Zonen-) plans. Durch die Zuweisung in die Landwirtschaftszone wird für die betreffenden Grundstücke die landwirtschaftliche Nutzung festgelegt. Die zugehörigen Nutzungsvorschriften sind in den Baureglementen untergebracht. Ihr Inhalt wird vom kantonalen Gesetzgeber meist zwingend vorgeschrieben. Für eigene Vorschriften über die Landwirtschaftszone verbleibt den Gemeinden wenig Spielraum (115).

5.3 Das Forstgebiet und die Forstzone

Das Forstgebiet umfasst gemäss Art. 13 RPG das gesamte Waldareal, das durch die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung umschrieben und geschützt ist sowie das zur Aufforstung bestimmte Gebiet. Der Waldbegriff ist in Art. 1 FPolV einlässlich definiert. Die Art. 36ff. FPolG regeln die Grundsätze über die Aufforstung. Die Forstzone ist Bestandteil des Nutzungsplans.

5.4 Das Erholungsgebiet und die Erholungszone

Nach Art. 14 RPG sind Gebiete, die sich für Erholungszwecke eignen und hierfür benötigt werden, als Erholungsgebiete zu bezeichnen. Sie sollen vorab in der näheren und weiteren Umgebung der Siedlungen vorgesehen werden und zusammen mit den Landwirtschafts-, Forst- und Schutzgebieten grössere zusammenhängende Erholungsräume bilden. Wie bei der Umschreibung der Landwirtschaftsgebiete sind hier zwei Komponenten festzustellen, nämlich die Eignung der Gebiete für die Erholungsnutzung und die raumordnerische Zielsetzung, solche Gebiete zu sichern und zu erhalten. Der Erholungsbegriff wird uns in Ziff. F.4.41 beschäftigen, das Problem der Nutzungsüberlagerung in Ziff. F.3. Die Erholungszone ist Bestandteil des Nutzungsplans.

5.5 Schutzgebiete und Schutzzonen

Schutzgebiete erfüllen verschiedenartigste Zwecke. Sie erfassen Gebiete von besonderer Beschaffenheit. In der Regel werden bestimmte Arten menschlicher Einwirkungen ausgeschlossen. Gelegentlich erfordert ein wirksamer Schutz, dass bestimmte Einwirkungen gefördert oder sogar vorgeschrieben werden. Daneben gibt es Gebiete, welche ihrer Gefährlichkeit wegen nach einem besonderen Schutz für den Menschen rufen (116).
Als Schutzgebiete können bezeichnet werden:
- *Naturlandschaften* von besonderer Schutzwürdigkeit. Art. 15 RPG rechnet dazu Bäche, Flüsse, Seen und deren Ufer, andere Landschaften von besonderer Schönheit und Eigenart sowie Naturdenkmäler.

---

114 ebenda
115 vgl. hinten Ziff. F.2 und 3, I, J, L
116 Botsch. RPG S. 60

- *Kulturlandschaften* von besonderer Schutzwürdigkeit. Art. 15 RPG nennt Ortsbilder, geschichtliche Stätten, Kulturdenkmäler und weitere Landschaften von besonderer Schönheit und Eigenart.
- *Gefahrensgebiete.* Nach Art. 15/d RPG gehören hierzu Gebiete, deren Gefährdung durch Naturgewalten bekannt ist. Art. 3 Abs. 1 BauG BE umschreibt diese Gebiete präzis: es sind solche, "in welchen Leben und Eigentum erfahrungsgemäss oder voraussehbar durch Steinschlag, Rutschungen, Lawinen, Ueberschwemmungen oder andere Naturereignisse gefährdet sind".

Schutzzonen sind Bestandteile der Nutzungspläne. Meist werden die Schutzzwecke näher bezeichnet, so gibt es Landschaftsschutzzonen Grünzonen, Altstadtzonen und Gefahrenzonen (vgl. Art. 30 BauG BE). Die Terminologie ist noch nicht gefestigt. So sind die Schutzgebiete gemäss Art. 29 BauG BE als Bestandteile der Zonenpläne zu verstehen und nicht der Richtpläne.
Gebiete zum Schutz *genutzter oder nutzbarer Wasservorkommen* sind Bestandteile der Versorgungsrichtpläne (Art. 18 RPG), nicht der Besiedlungs- und Landschaftsrichtpläne. Das Verfahren zur Bezeichnung dieser Schutzgebiete ist in der Gewässerschutz- und in der Wassernutzungsgesetzgebung geregelt. (Art. 29 - 21 GSchG, Art. 115 WNG und Art. 46 - 55 KGV). Werden Gewässerschutzgebiete in für jedermann verbindlichen Plänen festgelegt, so werden sie als Grundwasserschutzzonen (Art. 30 GSchG), Schutzzonen (Art. 31 GSchG, Art. 115 WNG, Art. 50 KGV) oder Grundwasserschutzareale (Art. 51 KGV) bezeichnet. Nach Art. 29/3 BauG BE können sie im Zonenplan orientierungshalber angemerkt werden.

5.6 Das übrige Gebiet

In Form einer negativen Begriffsumschreibung bestimmt Art. 16/1 RPG, dass Land, das sich für keine Nutzung im Sinn von Art. 10/2/a - e eignet, als übriges Gebiet auszuscheiden ist. Das Gesetz rechnet insbesondere das unproduktive Land hierher (117).

5.7 Das übrige Gemeindegebiet nach bernischem BauG

Nach Art. 23/1 BauG besteht das übrige Gemeindegebiet aus dem land-forst- und rebwirtschaftlich nutzbaren Land sowie den weiteren ausserhalb des Baugebietes liegenden Bodenflächen. Es umfasst also das gesamte, nicht dem Baugebiet zugewiesene Land. Dazu gehören:

- die Landwirtschaftsgebiete im Sinn von Art. 12 RPG,
- die Forstwirtschaftsgebiete im Sinn von Art. 13 RPG,
- die Rebwirtschaftsgebiete. Ihre besondere Erwähnung wäre nicht nötig gewesen, da der Weinbau eine Spezialkultur der Landwirtschaft ist, ebenso wie die in der Definition nicht angeführten Gemüse-, Obstbau- und Beerenkulturen (118).

---

117 vgl. hinten Ziff. N.1
118 ORL-Richtlinien Blatt 512.542 (1971) S. 2

- die weiteren ausserhalb des Baugebiets liegenden Bodenflächen, also das unproduktive Land.

Das übrige Gemeindegebiet kann von weiteren Gebietsarten überlagert werden, nämlich durch:

- Uebergangsbereiche (Art. 26 BauG),
- Freiflächen (Art. 27) und Grünflächen (Art. 28),
- Schutzgebiete (Art. 29) und Gefahrenzonen (Art. 30).

Die Zonenvorschriften für das übrige Gemeindegebiet werden bei solchen Nutzungsüberlagerungen soweit zurückgedrängt, als dem besonderen Nutzungszweck entsprechende Sondervorschriften erlassen werden. Für die Grünflächen enthält Art. 28/2 BauG eine eigene, vollständige Regelung.

2. Teil

E Die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet

1. ZIELSETZUNGEN

Bei der Darstellung der Zielsetzungen, welche mit der Ausscheidung des Baugebiets vom übrigen Gebiet verfolgt werden, drängt sich die Wiedergabe der im ersten Band der ORL-Leitbilder erarbeiteten, als "allgemein gültige Ziele" für die Raumplanung in der Schweiz bezeichneten Grundgedanken auf. Allgemein gültig werden sie genannt, weil sie für alle der im zweiten Band vorgeschlagenen Varianten der räumlichen Ordnung Gültigkeit haben (1). In konzentrierter Form sind diese Ziele bereits im bernischen BauG genannt, nämlich in Art. 66, der den Planungszweck umschreibt.

1.1 Ziele für die Siedlungsstruktur, welche die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet erfordern

Die Notwendigkeit der Baugebietsabgrenzung ergibt sich bereits aus den Vorstellungen, wie die Siedlungsgebiete ausgestaltet sein sollen. Die Abgrenzung setzt im Raum klare Zäsuren. Sie entfaltet Wirkungen auf beide Seiten, auf die Siedlungen wie auf die freie Landschaft. Sie hat sich deshalb nach den Bedürfnissen der Siedlungsstruktur wie nach denjenigen der Landschaftsstruktur zu richten (2).
Unter der Siedlungsstruktur wird die "Ordnung der gesamtschweizerischen Besiedlung hinsichtlich regionaler Bevölkerungs- und Wirtschaftsverteilung sowie hinsichtlich Aufbau der Siedlung nach Siedlungsgrössen, Zentralitäten und Regionen (Siedlungsaufbau)" verstanden (3). Für uns sind aus diesem Teilgebiet der Raumplanung vor allem die Ziele der Flächennutzung von Bedeutung.

1.11 DER FLAECHENBEDARF

"Die weitere Ueberbauung soll so gestaltet werden, dass die Siedlungsfläche pro Einwohner nicht wesentlich über das heutige Mass hinaus erhöht wird" (4).
Auf den Begriff der Nettosiedlungsfläche und auf ihren Umfang wurde bereits hingewiesen. Er beträgt heute rund 180 m2 pro Einwohner (5). Die für Siedlungszwecke beanspruchte Fläche vergrössert sich durch die Vermehrung der Bevölkerung, durch die Erhöhung der Einkommen und die Vermehrung der Freizeit, welche die Lebensgewohnheiten und

---

1 ORL-Leitbilder I. S. 308
2 ebenda II S. 364, 366
3 ebenda III S. 13. Alle aus den Leitbildern zitierten Begriffe sind als Arbeitsbegriffe zu verstehen, da vorläufig auf dem Gebiet der Raumplanung die Definitionen der einzelnen Begriffe nicht eindeutig festgelegt sind, a.a.O. S. 2
4 ORL-Leitbilder I S. 308
5 vorn Ziff. B, mit den Anm. 8 - 10

Ansprüche der Bevölkerung wachsen lassen. Dies zeigt sich im Flächenbedarf für Ferien- und Wochenendhäuser, Erholungseinrichtungen wie Campingplätze, Sportanlagen etc. (6).

1.12 NUTZUNG DER BESTGEEIGNETEN GEBIETE

"Die Entwicklung der Besiedlung hat so zu erfolgen, dass sowohl den bestehenden natürlichen, als auch den von Bewohnern geschaffenen infrastrukturellen und sozio-ökonomischen Standortvoraussetzungen angemessen Rechnung getragen wird. Die weitere Vergrösserung der Siedlungen soll die von den natürlichen Voraussetzungen her bestgeeigneten Gebiete für Wasserversorgung, Erholung, Landschaftsschutz, Landwirtschaft und Landesverteidigung möglichst wenig beanspruchen" (7). Aehnlich lauten die Zielsetzungen von Art. 66/1 a und b BauG, wonach die Planung die zweckmässige Nutzung des Bodens ermöglichen und zur wirtschaftlichen Entwicklung des Kantons beitragen soll. Besonders der zweite Satz dieser Zielsetzung hat für die Abgrenzung des Baugebiets grosse praktische Bedeutung, doch wirft er vielfältige Probleme auf. Wer die in den Leitbildern dargestellte Trendprognose betrachtet, erkennt dies sofort (8). So fallen die Siedlungsentwicklungen der Agglomerationen Bern und Thun in weiten Gebieten auf landwirtschaftlich bestgeeignete Böden im Aare- und Gürbetal und im Norden der Bundesstadt. Gleiches gilt für andere Regionen, beispielsweise die Ballungsgebiete um Zürich, Winterthur, Lausanne und Genf. Ein weiteres belastendes Element tritt dann in jenen Gebieten hinzu, die gleichzeitig intensiv genutzte Aktivitätsräume der Ferienerholung und des Fremdenverkehrs darstellen, so die Uferregionen des Genfer- und des Thunersees. Die alternativ zur Trendentwicklung erarbeiteten Leitbildvarianten sind ein Versuch, zur Lösung dieser Konflikte beizutragen (9). Dabei wird angenommen, dass für die Siedlung "die künstlichen, von Menschenhand geschaffenen Standortvoraussetzungen wichtiger sind als die natürlichen. Somit besteht für die Siedlung eine grössere Flexibilität bei der Standortwahl" (10).

1.2 Ziele für die Landschaftsstruktur oder den Komplementärraum

Unter der Landschaftsstruktur wird "die Ordnung der Landschaftselemente unter besonderer Berücksichtigung ihrer Beziehungen zur Besiedlung" verstanden. "Wesentlich sind dabei insbesondere die Prioritäten bzw. Intensitäten der Nutzungen für Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Erholung, des Natur-, Landschafts- und des Grundwasserschutzes sowie die Gesichtspunkte der Landschaftspflege" (11). In dieser Definition kommt klar zum Ausdruck, dass die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet die Bedürfnisse der Siedlungs-

6 ORL-Leitbilder I S. 309
7 ebenda
8 Trendprognose für die Entwicklung der Besiedlung, wie sie z.B. bei einer ungelenkten Besiedlung zu erwarten wäre. ORL-Leitbilder I S. 246ff., Planbeilage Nr. 2
9 ORL-Leitbilder II
10 ebenda I S. 310
11 ebenda III S. 9

gebiets ... der übrigen Landschaft berücksichtigen muss. Letztere wird auch als "Komplementärraum" bezeichnet. Er ist "für die Sicherung der Lebensgrundlagen und der Erholung notwendig"(12).

1.21 GENERELLE ZIELE

Die landesplanerischen Leitbilder formulieren für die Landschaftsstruktur zunächst drei *generelle* Ziele:

"Die ökologischen Grundvoraussetzungen menschlicher Existenz, wie Wasser, Luft und Nahrung, müssen in ausreichender Quantität und Qualität sichergestellt werden.
Die Strukturierung des Komplementärraums soll dem Konzept der Besiedlung entsprechen und diejenigen Bedürfnisse erfüllen, welche durch die Verhältnisse in den Siedlungsgebieten direkt oder indirekt verursacht werden.
Die Interessen der Land- und Forstwirtschaft und des Tourismus sollen bestmöglich gewahrt bleiben, sofern sie mit den zwei obgenannten generellen Zielsetzungen nicht in Konflikt kommen"(13).

Das erste Ziel weist auf die enge Verflechtung von Raumplanung und Umweltschutz (14). Es findet sich auch in Art. 66/1/d BauG: die Planung soll "Wasser und Luft vor Verunreinigung durch Bauten und Anlagen schützen". Als Konkretisierung dieses Grundsatzes ist im Hinblick auf die Abgrenzung des Baugebiets beispielsweise zu fordern, dass Gebiete mit wichtigen nutzbaren Grundwasservorkommen einer Grundwasserschutzzone und für die landwirtschaftliche Produktion bestgeeignete Böden einer Landwirtschaftszone oder dem übrigen Gebiet zuzuweisen sind.
Aus der dritten Grundsatz ist eine grundsätzliche Vorrangstellung der Siedlungsgebiete vor den übrigen Gebieten herauszulesen. Die Gegenüberstellung des dritten generellen Ziels zu den beiden andern lässt zum mindesten die Interpretation zu, dass im Konfliktsfall die Interessen von Land- und Forstwirtschaft sowie des Tourismus vor den andern zurückzutreten haben. Ich bezweifle allerdings, dass eine solche generelle Rangfolge der raumordnerischen Interessen gerechtfertigt ist. Im Einzelfall wird eine gegenseitige Interessenabwägung nicht zu umgehen sein. So wird in bestimmten Bereichen von Grundwasserschutzzonen einzig die Anwendung gewisser Mittel zur landwirtschaftlichen Produktion eingeschränkt oder verboten werden müssen. Andere Konflikte werden dagegen schwieriger zu lösen sein, etwa solche zwischen der Erholungsnutzung und der Landwirtschaft.

1.22 ZIELE IM BEREICH DER LAND- UND FORSTWIRTSCHAFT

"Eine im Rahmen eines langfristigen nationalen Produktionsprogrammes optimale landwirtschaftliche Nutzfläche sowie ausgedehnte, landwirtschaftlich genutzte Erholungslandschaften mit einer optimalen Grösse der landwirtschaftlichen Bevölkerung und mit rationellen

---

12 ebenda S. 8
13 ORL-Leitbilder I S. 323f.
14 vorn Ziff. B am Ende

Betrieben sollen erhalten bleiben. Zudem soll ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Landwirtschaft und übriger Wirtschaft angestrebt werden. Die landwirtschaftliche Produktion soll in den gut bis sehr gut für intensive Nutzung geeigneten Gebieten erhalten bleiben, oder es muss zumindest die Anbaubereitschaft garantiert sein. Das Waldareal soll im ganzen Land und in den einzelnen Regionen erhalten bleiben" (15).
In diesen Grundsätzen kommt besonders klar zum Ausdruck, dass die allgemein formulierten Zielsetzungen durch ein Leitbild untermauert werden müssen, es sei denn, man gebe der Trendentwicklung den Vorzug. Die Bestimmung des Optimums und der Ausgewogenheit sind nämlich auf verschiedene Weise möglich. Massgebend ist dabei, ob der Sicherung der Selbstversorgung, insbesondere in Krisenzeiten, oberste Priorität zuerkannt wird oder nicht. Im ersten Fall muss nicht nur in Gebieten mit guter bis sehr guter Eignung die intensive landwirtschaftliche Nutzung Priorität erhalten, sondern diese Nutzung soll auch in weiteren Gebieten überwiegen. Das Optimum nähert sich dem Maximum der landwirtschaftlich intensiv nutzbaren Bodenflächen. Im zweiten Fall werden den weniger geeigneten Flächen vorrangig andere Funktionen zugeordnet, speziell solche der Erholung.

1.13 ZIELE IM BEREICH ERHOLUNG UND FREMDENVERKEHR

"Die Naherholungsbedürfnisse der Bevölkerung sollen unter bestmöglicher Wahrung der Interessen der Landwirtschaft und des Landschaftsschutzes befriedigt werden". Hierher gehören auch die Freihaltung von Fluss- und Seeufern und die Sicherstellung des freien Zutritts. Das gleiche gilt für die von den Bevölkerungszentren aus leicht erreichbaren Wintersportgebieten im Mittelland, im Jura und in den Voralpen (16).
"In den für Ferienerholung und Fremdenverkehr bestgeeigneten Gebieten soll dieser Nutzung Priorität zukommen" (17). In diesem Sinn nennt Art. [illegible] BauG als Planungsziel die Erhaltung der erforderlichen Erholungsräume.

1.14 ZIELE IM BEREICH LANDSCHAFTSSCHUTZ UND LANDSCHAFTSPFLEGE

"Eine naturnahe Kulturlandschaft mit optimalen Voraussetzungen für das individuelle und soziale Leben soll erhalten bleiben.
Möglichst viele schutzwürdige Landschaften, mindestens aber alle jene von nationaler Bedeutung, sollen rechtlich gesichert werden.
Das Gesamtgebiet der Schweiz soll als Landschaftspflegebereich gelten" (18).
Die entsprechende Zielsetzung in Art. [illegible] BauG erwartet von der Planung, dass sie die Schönheit und Eigenart von Landschafts- und Ortsbildern bewahrt.

---

15) ORL-Leitbilder I S. [illegible], ausgehend Teilleitbild Landwirtschaft S. [illegible], ferner [illegible]
16) ORL-Leitbilder I S. [illegible]
17) ebenda S. [illegible]
18) ebenda S. [illegible]

1.3 Ziele im Bereich der Erschliessung und Versorgung

Bei der Abgrenzung des Baugebiets muss davon ausgegangen werden, dass die Baugebiete qualitativ und quantitativ hinreichend zu erschliessen, zu versorgen und auszurüsten sind.
Dazu gehören:

- Die Verkehrserschliessung mittels Einrichtungen für den öffentlichen und den privaten Verkehr.
- Die Energieerschliessung, wofür heute verschiedene Energiearten zur Verfügung stehen: Elektrizität, Erdgas, Erdöl sowie allenfalls Kohle und Holz.
- Die Wasserversorgung und -entsorgung, die unter dem Sammelbegriff der Siedlungswasserwirtschaft zusammengefasst wird (19).
- Die Sicherstellung öffentlicher Ausrüstungen und Dienste wie Schulen, Spitäler, Kehrichtabfuhr, Schneeräumung und Glatteisbekämpfung usw. (20).

Bis der Konsens über ein Leitbild für die Raumplanung Schweiz gefunden ist und die von den übergeordneten Verbänden entwickelten Richtplanungen vorliegen, wird sich die Dimensionierung der Baugebiete wesentlich danach richten, wie weit die Gemeinden ihre Erschliessungs- und Versorgungspflichten erfüllen können. Dies ist der Ansatzpunkt, der heute am stärksten zu einer vernünftigen Bemessung der Baugebiete führen kann. Die vom bernischen Baugesetz zum Bestandteil der Ortsplanung erklärte Finanzplanung (Finanzrichtplan, Art. 70/1 BauG und Art. 115/1 BauV) soll eine zuverlässige Abschätzung der aufzuwendenden finanziellen Mittel ermöglichen.

1.4 Zusammenfassung der Zielsetzungen

Wir können die Zielsetzungen, die mit der Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet angestrebt werden, wie folgt zusammenfassen:

- Es sollen geschlossene, mit den notwendigen Erschliessungen, Ausrüstungen und Diensten versehene Siedlungen entstehen, wobei der heutige Bedarf der Nettosiedlungsfläche von 180 m2 pro Einwohner nicht weiter zunehmen soll. Die Standortwahl der Siedlungen richtet sich nach bestehenden natürlichen und nach künstlich geschaffenen Standortvoraussetzungen, wobei für die letzteren eine grössere Flexibilität besteht.
- Bei der Abgrenzung ist auf die dem übrigen Gebiet zugeordneten Funktionen optimal Rücksicht zu nehmen:
  - Es sind geeignete landwirtschaftliche Nutzflächen zu erhalten, die eine produktionsorientierte, rationelle Bewirtschaftung sicherstellen.

---

19 die detailliert formulierten Zielsetzungen sind in Band I S. 330ff. der ORL-Leitbilder enthalten
20 ORL-Richtlinien Blatt 515'501 (1968) ORL-Leitbilder I S. 317ff.

- Das Waldareal soll in seinem Bestand im Land und in den einzelnen Regionen erhalten bleiben.
- Es sind Erholungsgebiete in ihren verschiedenartigen Erscheinungsformen zu sichern.
- Gebiete, die als Natur- oder als Kulturlandschaften schutzwürdig oder für einen geregelten Wasserhaushalt unentbehrlich sind, sind freizuhalten.

Diese Kriterien sind Wegweiser für eine zweckmässige Ausscheidung des Baugebiets. Ueber die Nutzungsordnung für das übrige Gebiet steht damit aber noch nichts fest.

2. ALLGEMEINGÜLTIGE GRUNDSÄTZE ZUR ABGRENZUNG DES BAUGEBIETS

2.1 In raumplanerischer Hinsicht

Der Planer geht bei der Nutzungsplanung für das ihm zugewiesene Planungsgebiet von den Zielsetzungen und Bedürfnissen des Gemeinwesens aus, dem das Plangebiet angehört. Er hat ferner die Zielsetzungen und Bedürfnisse des übergeordneten oder untergeordneten Planungsverbandes zu berücksichtigen, je nachdem, ob er als Orts-, Regional-, Kantons- oder Landesplaner tätig wird. Es kann sich um sehr allgemein formulierte Ziele handeln, wie sie soeben in Ziff. 1 dargestellt worden sind, oder, besonders auf lokaler und regionaler Stufe, um weitgehender konkretisierte Vorstellungen. Zur Ausarbeitung der Richt- und der Nutzungspläne stehen dem Planer zahlreiche planungstechnische Mittel zur Verfügung, die stets ausgebaut und verfeinert werden (21). Als Ergebnis entstehen Pläne, denen eine "auf das Planungsziel ausgerichtete ... gestalterische Folgerichtigkeit räumlich-geometrischer Ordnung" innewohnen soll (22). Auf diese planungstechnischen Mittel und Grundsätze, wenn auch solche für die Bestimmung des Umfanges und der Art der Zonen gehören, wollen wir nicht eingehen. Es ist jedoch unumgänglich, das grundsätzliche Vorgehen des Planers mit den massgebenden Grundsätzen des Rechts, die er zu beachten hat, zu vergleichen.

2.2 Die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze

Die Tätigkeit der Raumplanung ist als Zweig der Gesetzgebung und der Verwaltungstätigkeit den Grundsätzen unterworfen, die für die beiden Bereiche staatlichen Handelns im Hinblick auf die Rechte und Freiheiten der Rechtsgenossen gelten. Als betroffenes Rechtsgut erscheint primär das Eigentum, doch können auch andere Rechtsgüter betroffen werden, wie die Rechtsgleichheit oder die Handels- und Gewerbefreiheit.

---

21 Es sei auf die ORL-Richtlinien verwiesen, für die Ausscheidung von Landwirtschaftsgebieten speziell auf Blatt 512'541 (1971), ferner ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft S. 8[illegible]f., Kistler S. 35ff.

22 aus einer Formulierung des deutschen Bundesverwaltungsgerichts, zit. bei Huber, vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht, S. 71. Im gleichen Sinn Imboden, Plan S. 124, Balscheit S. 49f.

Zu wiederholen ist, dass die Eigentums- und die Raumordnung zwei gleichwertige, fundamentale Grundordnungen unseres sozialen Rechtsstaates darstellen und kein apriorischer Vorrang der einen Ordnung vor der anderen besteht (23). Da aber beide miteinander verknüpft sind, ist der verfassungsmässigen Abhängigkeit stets besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Jeder grössere raumplanerischer Massnahmen bedingt ihre Einleitung und Durchführung auf das Eigentum, und umgekehrt kann die Eigentumsordnung die Raumordnung nicht ignorieren. Das bedeutet für unser Problem: Die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet, die Umzonung und der Erlass nutzungsbeschränkender Vorschriften für das übrige Gemeindegebiet geraten in Konflikt mit der [illegible] Grundeigentümers. Wir beschränken uns im folgenden auf die Ebene der Ortsplanung, auf welcher die Ausscheidung des Baugebiets in der für jedermann, insbesondere für die Grundeigentümer verbindlichen Weise erfolgt.

Keine Schwierigkeiten bietet der Grundsatz der *Gesetzmässigkeit* dort, wo die kantonalen Bau- und Planungsgesetze die Gemeinden zu dieser Ausscheidung [illegible] ermächtigen. Das ist in allen modernen Gesetzgebungen der Fall. Insgesamt des künftigen Raumplanungsgesetzes des Bundes soll auf eine Umschreibung verzichtet werden, wie es sich verhält, wenn eine klare gesetzliche Grundlage fehlt (24).

Probleme stellt das Prinzip der *Verhältnismässigkeit*. Nach der Lehre des Polizeirechts darf eine staatliche Massnahme nicht schärfer sein, als es der Zweck der Massnahme verlangt, und von verschiedenen geeigneten Massnahmen ist diejenige zu wählen, die den angestrebten Zweck erfüllt, aber den geringsten Eingriff in die Rechte und Freiheiten der Betroffenen bringt (25). Dieser Grundsatz gilt nicht nur im Polizeirecht, sondern auch im Bereich der Wohlfahrtspflege und nimmt gerade im Raumplanungsrecht eine wichtige Stellung ein (26). Die Nutzungsinteressen des Eigentümers sind also schonend zu behandeln, doch muss das angestrebte Planungsziel erreicht werden können. Das verträgt sich schlecht mit der Massnahme der Scheidung von Baugebiet und übrigem Gebiet. Sie ist ein primäres Erfordernis für eine erfolgverheissende Nutzungsplanung. Die Grösse des Baugebietes wird weitgehend von den prognostizierten Bedürfnissen der Gemeinden an Bauland und deren Möglichkeiten, solches erschliessen zu können, bestimmt. In der Regel wird der grösste Teil des Gemeindegebiets dem übrigen Gebiet zugeteilt werden. Eine weniger scharfe Massnahme, die Ziele der Siedlungs- und der Landschaftsstruktur annähernd zu erreichen, existiert nicht. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist dagegen für die Ausgestaltung der Nutzungsordnung der Landschaftsstruktur oder Komplementärraums bedeutungsvoll, nämlich bei der Frage der Differenzierung dieser Nutzungsordnung. Die Planer haben, wie gesehen, ein subtiles Instrumentarium für diesen Raum geschaffen, das unter [illegible] Landschaftsschutzzonen aller Art, Erholungszonen, Gefahren- und Gewässerschutzzonen, Landwirtschaftszonen und

23 vorn Ziff. B

24 für das frühere bernische Recht vgl. Ziff. E.3.2

25 Grisel S. 184ff., Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 342 S. 318ff., Aubert, Droit constitutionnel II nos 1765ff., Zaugg N 18 der Einleitung zum BauG

26 Art. 4 RPG nennt diesen Grundsatz ausdrücklich.

Forstzonen umfasst. In vielen Fällen wird es zur Erreichung der Planungsziele möglich sein, auf spezielle Zonen zu verzichten, nämlich dann, wenn die Nutzungsvorschriften für die Landwirtschaftszone oder für das übrige Gebiet zum Schutz der Landschaft, der Erhaltung der Landwirtschaft und der Sicherung von Erholungsräumen hinreichen.

Von erheblicher Bedeutung sind die Prinzipien der *Rechtsgleichheit*. Aus der in Art. 4 BV enthaltenen Grundnorm, dass alle Schweizer vor dem Gesetz gleich sind, entwickelte das Bundesgericht in einem jahrzehntelangen Prozess der Rechtsfortbildung eine Reihe von Rechtsgrundsätzen, die sowohl für den Gesetzgeber wie für den Rechtsanwender gelten (27). In unserem Zusammenhang sind zwei Grundsätze von Bedeutung, nämlich das Verbot rechtsungleicher Behandlung und das Willkürverbot.

Eine *Rechtsungleichheit* liegt vor, wenn in der Gesetzgebung oder in der Rechtsanwendung "Verschiedenes gleich oder Gleiches ungleich behandelt" wird (28). Imboden stellt fest, dass das praktisch relevante Problem darin liegt, "welche Tatbestände als gleich und welche als ungleich zu gelten haben." Auf diese entscheidende, nur wertend zu lösende Frage gibt die Rechtsprechung die Antwort, dass für jede rechtliche Unterscheidung "ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen ersichtlich sein muss" (29). Wir stossen hier auf einen harten Konflikt zwischen der Raumplanung, welche eine bestimmte Raumordnung verwirklichen soll, und der Ausgestaltung der Eigentumsordnung. Der Planer geht in seiner "raumgestaltenden Tätigkeit von einer eigentumsmässig nicht differenzierten Grösse aus. Das in die Planung einzubeziehende Gebiet erscheint ihm als Einheit, als 'eine zur Ganzheit verschmolzene Summe von Gütern'. Diese Vernachlässigung bestehender Eigentumspositionen ... führt in den konkreten Auswirkungen des Planes zwangsläufig zu einer ungleichmässigen Behandlung der betroffenen Eigentumseinheiten" (30). Während der Planer die in den Planungszielen enthaltenen Gesichtspunkte zu verwirklichen sucht, muss der Jurist in der Regel von den einzelnen Grundeigentumseinheiten ausgehen, besonders, wenn er als Richter die Rechtsmässigkeit von Zonenplänen überprüfen muss. Er hat die Einwände einzelner Grundeigentümer über die behauptete ungleiche Behandlung im Verhältnis zu anderen zu beurteilen. Mithin ist nach der Vereinbarkeit zwischen der "dem Plane eigenen"Rationalität" und der "rechtssatzmässigen Folgerichtigkeit formaler Gleichheit" zu fragen (31). Setzt man einen geordneten Raum und eine funktionsfähige Eigentumsordnung als gleichgewichtige Komponenten im sozialen Rechtsstaat, so muss man die dem Plan innewohnende Rationalität anerkennen. Sie ist verwirklicht, wenn sich die im Plan vorgenommenen Differenzierungen sachlich, das heisst anhand der planerischen Leitbilder und Zielsetzungen, begründen lassen, und zwar sowohl was den

---

27 Umfassende Uebersichten bei Aubert, Droit constitutionnel II Nos 1778ff., Grisel S. 174ff.

28 W. Burckhardt, Kommentar zur BV, zit. bei Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 347 Bem. I. S. 235. Eine ähnliche Formulierung findet sich in BGE 90 I 162

29 Imboden, a.a.O., mit Zitat aus BGE 93 I 112

30 Balscheit S. 49 mit Zitat aus Imboden, Plan S. 119

31 Balscheit S. 55, Imboden, Plan S. 129

Plan als Ganzes wie was die Zuteilung der einzelnen Grundstücke zu verschiedenen Nutzungszonen anbelangt. Unter dieser Voraussetzung geht das Gebot der Folgerichtigkeit des Plans dem formalen Gleichheitsgebot vor, was eine Einschränkung des Anspruchs auf Gleichbehandlung bedeutet (32). Je nach dem Grad der Sozialpflichtigkeit, die dem Grundeigentum aufgegeben wird, und der durch die Planungsmassnahme bewirkten Nutzungsbeschränkungen ist es notwendig, ungleiche Belastungen durch Geldleistungen an die stärker betroffenen Grundeigentümer und/oder durch Abschöpfung von Mehrwerten bei den bevorzugten Grundeigentümern auszugleichen (33).
Was resultiert aus diesen Ueberlegungen für die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet? Die Nutzungsordnungen der beiden Gebiete gehen stark auseinander. Die planerische Ungleichbehandlung von Grundstücken hat, auch wenn sie folgerichtig ist, weitgehende Auswirkungen auf die Ausübung von Grundeigentümerbefugnissen. Diese werden im übrigen Gebiet stärker beschnitten als im Baugebiet. Der Konflikt zwischen planerischer Folgerichtigkeit und Gleichbehandlungsanspruch sei an einem Beispiel demonstriert. Eine Gemeinde umfasst die Fläche von 500 ha. 30 ha sind bereits weitgehend baulich genutzt. Aufgrund der Bevölkerungs- und der Arbeitsplatzprognosen und den Zielsetzungen der Ortsplanung sollen in den nächsten 10 - 15 Jahren, also für die Planungszeit Z_1, 20 ha Land neu eingezont und erschlossen werden. Es werden sich mit Bestimmtheit mehr als 20 ha Land finden, die sich in topografischer, erschliessungsmässiger, landschaftlicher und anderer Sicht ungefähr gleichwertig als Baugebiete eignen. Eine konsequente, zielgerichtete Planung wird jedoch für die Planungszeit Z_1 nur 20 ha einzonen und das andere Gebiet höchstens im Richtplan als Baugebiet für Z_2 vorsehen. Die Auswahl kann nur mit den Grundsätzen der planerischen Folgerichtigkeit begründet werden. Dass daraus nicht unzählige Streitigkeiten entstehen, ist weniger der rechtstheoretischen Begründung für die Zulässigkeit dieses Vorgehens zuzuschreiben als dem Umstand, dass das Bewusstsein der Bürger und Grundeigentümer über die Gleichgewichtigkeit der Eigentumsordnung und der Raumordnung wohl weiter fortgeschritten ist als die rechtstheoretische Bewältigung dieses Stoffes. Nicht zu unterschätzen ist dabei der Umstand, dass die Grundeigentümer als Stimmbürger den im Planerlassverfahren durch die Gemeindeversammlung oder die Gemeindeabstimmung zustandegekommenen Entscheid über einen Zonenplan in der Regel akzeptieren und sich ihm unterziehen. Schliesslich sei vermerkt, dass der Planer auf der Stufe der Ortsplanung nicht nach Belieben irgendwelche Zielvorstellungen verwirklichen kann. Er hat keine selbständige Entscheidungskompetenz, sondern arbeitet einzig als technischer Berater. Die Vorentscheide treffen die Gemeindebehörden, in der Regel eine besondere Planungskommission sowie der Gemeinderat. Eine Ortsplanung wird nie ohne Grundeigentümerbefragung durchgeführt.

32 Zaugg N 23 der Einleitung zum BauG, ZBI 66 (1965) S. 400 unten, BGE 95 I 550, 96 I 240, 99 Ia 715

33 Zu den Theorien über das Verhältnis planerischer Folgerichtigkeit und dem Gleichheitsgrundsatz im einzelnen sei auf Imboden, Plan S 129ff. und auf Balscheit S. 55ff. verwiesen. Kritisch dazu Suter S. 29ff.

Zwar können kaum immer alle Wünsche bezüglich der Schaffung von Bauzonen berücksichtigt werden, doch ist es häufig möglich, Nutzungspläne weitgehend in Uebereinstimmung mit den Nutzungsabsichten der Grundeigentümer zu bringen. Von der Ortsplanung Grindelwald wird berichtet, dass vor dem Gemeindebeschluss 240 Wünsche zur Abänderung des Zonenplanentwurfs eingingen. In 197 Fällen wurden Zuweisungen von Grundstücken ins übrige Gemeindegebiet anstatt wie vorgesehen ins Baugebiet begehrt. Von 43 zusätzlichen Einzugsbegehren konnten 33 berücksichtigt werden (34).
Als weiterer Aspekt der Rechtsgleichheit ist das *Willkürverbot* von Bedeutung. Willkür wird als "objektiv schwerwiegende Rechtsverletzung", umschrieben (35). Sie tritt "offensichtlich" in Erscheinung und kann sich auf keinen vernünftigen Grund stützen (36). In vielen Fällen bedeutet sie gleichzeitig eine rechtsungleiche Behandlung, doch hat sie das Vorliegen mehrerer vergleichbarer Sachverhalte nicht zur Voraussetzung. Ein einzelner Fall kann vom Gesetzgeber, vor allem aber vom Rechtsanwender willkürlich behandelt werden (37). Im Bau- und Planungsrecht dürfen jedoch der Vorwurf der Willkür in den meisten Fällen mit demjenigen rechtsungleicher Behandlung zusammenfallen (38).
Auch die Grundsätze von *Treu und Glauben* und der *Rechtssicherheit* spielen bei der Abgrenzung des Baugebiets eine gewisse Rolle, insbesondere dort, wo bestehende Zonenpläne revidiert werden (39).

3. DIE REGELUNG DES BERNISCHEN BAUGESETZES

3.1 Die geltenden gesetzlichen Grundlagen im Ueberblick

Das Baugesetz verpflichtet die Gemeinden in Art. 14/1 zur Durchführung der Ortsplanung innert drei Jahren. Dazu gehören der Erlass eines Baureglements und wenigstens die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet.
Die Abgrenzung des Baugebiets erfolgt im Zonenplan, oder, solange ein solcher fehlt, mittels der Erschliessungsplanung. Fehlt auch diese, so gilt das von der Gemeinde erschlossene Land als Baugebiet.
Gemeinden, die bereits eine Ortsplanung durchführten, sollen diese innert drei Jahren den neuen Vorschriften anpassen (Art 14/2). Mit dem neuen BauG in Widerspruch stehende Vorschriften sind jedoch bereits mit dem Inkrafttreten dieses neuen Gesetzes aufgehoben (Art. 113 BauG).
Gemeinden mit einer geringen baulichen Entwicklung können von der kantonalen Baudirektion vorläufig von der Pflicht zum Erlass von Gemeindebauvorschriften befreit werden, doch sind die Verhältnisse nach spätestens fünf Jahren zu überprüfen (Art. 15/1 BauG). Als

34 Der Bund, 15.3.1974 Nr. 62 S. 21
35 Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 348 Bem. II. S. 243, Aubert Droit constitutionnel II No 1832
36 Imboden, a.a.O., Grisel S. 176, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung
37 Aubert a.a.O. No 1832 und 1833
38 BGE 99 Ia 715
39 BGE 98 Ia 377, hierzu hinten Ziff. E.7.12

Ersatzordnung gelten das kantonale Normalbaureglement (40) und als Baugebiet das von der Gemeinde erschlossene Land (Art. 15/2,3). Die Planungspflicht wird ausdrücklich in den Rahmen der Gemeindeautonomie gestellt (Marginale zu Art. 13).

3.2 Der Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des BauG und die Entstehungsgeschichte der Art. 13 - 15 BauG

Die Bestimmungen über die Einführung der Planungspflicht, wozu die Abgrenzung des Baugebiets gehört, sind das Ergebnis einer langjährigen Entwicklung, welche zur Einsicht in die Notwendigkeit einer umfassenden Raumordnung führte. Diese Entwicklung fand ihren Ausdruck in verschiedenen Stationen der Gesetzgebung.

3.21 DAS ALIGNEMENTSGESETZ VON 1894

Dieses Gesetz räumte den Gemeinden die Befugnis ein, für ihr ganzes Gebiet oder Teile desselben Alignementspläne und Baupolizeivorschriften aufzustellen (§ 1). In den Alignementsplänen konnten im wesentlichen öffentliche Strassen, Plätze und Anlagen gesichert, Baulinien, an die heran gebaut werden musste, festgelegt und die offene oder die geschlossene Bauweise vorgeschrieben werden (§§ 2,5). Eine ausdrückliche Kompetenz zum Erlass von Zonenplänen und zur Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet fehlte. Dennoch erliessen eine Anzahl Gemeinden, den Erfordernissen ihrer baulichen Entwicklung folgend, Zonenpläne, die der Regierungsrat trotz der vom Bundesgericht geforderten klaren gesetzlichen Grundlage genehmigte (41). So wurde gemäss der Bauordnung der Stadt Bern vom 24.8.1928 das ganze Gemeindegebiet in acht Bauklassen aufgeteilt, für die verschiedene Nutzungsvorschriften galten. Eine noch differenziertere Zoneneinteilung brachte die Bauordnung vom 6.1.1956.
Einzelne Gemeinden nahmen bereits eine eigentliche Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet vor. So wies der Bauzonenplan von Herzogenbuchsee vom 5.2.1954 eine Landwirtschaftszone aus (42). Andere Gemeinden versuchten, auf indirektem Weg eine der Baugebietsabgrenzung ähnliche Wirkung zu erreichen, indem sie für Gebiete, die sie vor Ueberbauung freihalten wollten, rigorose Beschränkungen der baupolizeilichen Masse aufstellten. Die Bauordnung der Stadt Bern vom 6.1.1956 wies die Landwirtschaftsgebiete im Westen der Stadt einer solchen Bauklasse zu. Ich zitiere die entsprechenden Bestimmungen unten in Ziff. 3.711.
Solange es zu keinen Streitfällen kam, schadete die unklare gesetzliche Grundlage für Zonenpläne nicht, denn massgebend war, ob sich die Betroffenen den Vorschriften unterzogen. Gingen die Gemeinden mit dem Erlass von Nutzungsvorschriften jedoch zu weit, so riskierten sie, dass diese einer bundesgerichtlichen Ueberprüfung nicht standhielten. So hob das Gericht einen regierungsrätlichen Genehmi-

40 Näheres hinten Ziff. I.5.61
41 Zur Praxis des Regierungsrates Siegenthaler MbVR 56 (1958) S. 67ff., ferner MbVR 53 (1955) S. 30
42 Die Beispiele liessen sich vermehren, vgl. Schwarz S. 75ff.

gungsbeschluss für eine Hotelzone in der Gemeinde Interlaken auf (43).

3.22 DAS BAUVORSCHRIFTENGESETZ VON 1958

Dieses Gesetz brachte in Art. 6/1 - 3 die geforderte klare gesetzliche Grundlage. Sie ermächtigte die Gemeinden, das Baugebiet vom übrigen Gemeindegebiet zu scheiden und Bauzonen verschiedener Art und unterschiedlichem Grad der Nutzung zu schaffen (44). Die Bestimmungen lauteten:

> Zonenplan. Art. 6. Die Gemeinden können das Baugebiet vom übrigen Gebiet, welches der land-, forst- und rebwirtschaftlichen Nutzung vorbehalten bleibt, abgrenzen. Sie sind dabei an die Verfahrensvorschriften des Art. 11 gebunden.
>
> Das Baugebiet kann in verschiedene Zonen eingeteilt werden, die genau abgegrenzte Grundflächen sind, für welche einheitliche Bauvorschriften gelten, namentlich über die Grenz- und Gebäudeabstände, die Gebäudehöhe, die Geschosszahl.
>
> Von den Wohnzonen können Zonen für gewerbliche und industrielle Bauten sowie gemischte Zonen ausgeschieden werden.

Die Gemeinden waren jedoch zum Erlass von Zonenplänen nicht verpflichtet. Das führte dazu, dass viele Gemeinden zwar ein Baureglement erliessen, auf die Baugebietsabgrenzung jedoch verzichteten und das Entstehen von Baugebieten mehr oder weniger dem Zufall überliessen. In der Regel hing dies davon ab, wo die Gemeinden Erschliessungsanlagen erstellten oder von Privaten bauen liess. Als am 1.1.1971 das neue BauG in Kraft trat, hatten 326 von 492 Gemeinden keine rechtsverbindliche Baugebietsabgrenzung (45).

3.23 DIE URSACHEN DER GESETZESREVISION VON 1970

Es waren hauptsächlich zwei Gründe, die dem BVG raumplanerische Erfolge auf dem Gebiet der Abgrenzung des Bau- vom übrigen Gebiet weitgehend versagten (46):

- Die Gemeinden wurden zur Einsetzung dieses Planungsinstrumentes nicht verpflichtet, und folgerichtig fehlte im Gesetz eine Ersatzordnung.
- Die Wirkungen, welche die Einführung einer Landwirtschaftszone brachte, waren bescheiden und beschränkten sich im wesentlichen auf die Möglichkeit, Bau, Unterhalt und Kosten für die Erschliessungsanlagen auf die bauwilligen Grundeigentümer zu überwälzen (47)

---

43 BGE 81 I 26

44 Zur Entstehungsgeschichte von Art. 6 BVG vgl. Schwarz S. 79ff
Zur Tragweite der Bestimmung ferner Siegenthaler MbVR 56 (1958) S. 74f., Gygi, Baugesetzgebung S. 218, 225f.

45 Verwaltungsbericht der Direktion der Bauten des Kantons Bern für das Jahr 1972, S. 7 und Karte 2

46 Kritik auch bei Dürr S. 43, Schwarz S. 101

47 vgl. hinten Ziff. H.2, ferner Schwarz S. 85ff.

Deshalb war die Revision des Art. 6 BVG einer der wesentlichsten Punkte der neuen Baugesetzgebung (48). Die gesetzgeberische Arbeit war jedoch schwierig:

- Viele kleine und mittlere Gemeinden wehrten sich gegen weitergehende Bau- und Planungsvorschriften, insbesondere gegen die Einführung der Planungspflicht. Als Gründe dafür wurden die Beeinträchtigung der Gemeindeautonomie und des Privateigentums sowie angeblich fehlende Bedürfnisse für die Durchführung einer Ortsplanung vorgebracht (49).

- Die uneinheitliche Struktur des Kantons bezüglich Bevölkerung, Besiedlung, Wirtschaft und Landschaft hatte dazu geführt, dass der Stand der Planung ausserordentlich verschieden war. Ortsplanungen fehlten auch dort, wo die Entwicklung der Bevölkerung und der Wirtschaft eine rege Bautätigkeit zur Folge hatten. Dazu seien einige Beispiele angeführt:

  Eine ganze Anzahl von Gemeinden mit 2000 und mehr Einwohnern hatten am 1.1.1971 keine Zonenpläne *und* keine oder vollständig veraltete und ungenügende Baureglemente, so Bévilard, Courrendlin, Lauperswil, Reconvilier, Rüderswil und Wynigen. In einer dieser Gemeinden waren jedoch bereits achtgeschossige Bauten errichtet worden. Weiter gab es Gemeinden mit 3000 und mehr Einwohnern ohne Zonenplan, wie Adelboden, Grindelwald, Huttwil (1970 4800 Einwohner), Lauterbrunnen, Oberburg.
  Andererseits hatten Gemeinden mit rund 500 oder weniger Einwohnern sowohl ein Baureglement und einen Zonenplan erlassen, so Belprahon (170 193 Einwohner), Crémines, Kaufdorf, Kirchdorf, Lohnstorf (1970 194 Einwohner), Röthenbach bei Herzogenbuchsee.

- Da die Bautätigkeit ausserhalb des Baugebiets auch beim Erlass eines Zonenplans kaum wirksam eingeschränkt werden konnte und die Gemeinden bei der Ausarbeitung einer Ortsplanung oft vergeblich nach fachlicher Beratung Ausschau hielten (50), waren viele Zonenpläne zu gross und verlangten eine Anpassung an die zu erwartende Entwicklung der Gemeinden, so die Pläne der Gemeinden Blauen, Frutigen, Mattstetten, Orvin, Spiez (51). Einzelne Gemeinden, wie Bern und Bremgarten hatten ihr ganzes Gemeindegebiet in Bauzonen aufgeteilt.

Bei der Einführung der Planungspflicht musste einerseits mit Interesselosigkeit und passivem Widerstand, andererseits für eine längere Zeit mit einer Ueberlastung der zuständigen Behörden gerechnet werden. Eine Ueberlastung war auch bei den privaten Planern vorauszusehen, die im privatrechtlichen Auftragsverhältnis mit der technischen Vorbereitung und Durchführung der Orts- und Regionalplanungen betraut werden (52). Es musste somit eine Lösung gesucht

---

48 Botsch. BauG S. 3f., 6

49 Zaugg, N 4 der Einleitung zum BauG S. 22

50 Das Planungsamt des Kantons Bern nahm seine Tätigkeit erst am 1.6.1968 auf (Dekret über die Organisation der Baudirektion vom 14.9.1967 Art. 17f.). Mit der Ausarbeitung der ORL-Richtlinien, heute massgebend für die Durchführung zweckmässiger Ortsplanungen, wurde 1965 begonnen (Botsch. RPG S. 20)

51 Auskunft des Planungsamtes des Kantons Bern

52 ORL-Richtlinien Blatt 510'001, Ausgabe 1970, Art. 112/1 BauV

werden, die sowohl dem Bedürfnis nach sofortigen, wirkungsvollen raumplanerischen Massnahmen entsprach und andererseits Rücksicht nahm auf den technischen und verwaltungsmässigen Apparat, den Gemeinden, Regionen und Kanton vielfach erst schaffen mussten. Schliesslich war auch zu verhindern, dass die Bautätigkeit im Kanton während der Dauer der Durchführung der Ortsplanungen zu stark gebremst würde.

3.24 DAS GESETZGEBUNGSVERFAHREN ZU DEN ART. 13 - 15 BauG

Es erstaunt deshalb nicht, dass um die Bestimmungen über die Planungspflicht, insbesondere um die Abgrenzung des Baugebiets hart gerungen wurde.
Der gemeinsame Entwurf der Expertenkommission und der kantonalen Baudirektion vom 15.3.1968 für ein neues Baugesetz (Entwurf I BauG) sah in Art. 24 für alle Gemeinden das Obligatorium der Ortsplanung vor (53). Dazu gehörten der Erlass eines Zonenplans mit der Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet (Art. 24/1, 26/1). Wenn eine Gemeinde dieser Pflicht nicht nachgekommen wäre, hätte der Regierungsrat in der Form eines kantonalen Ueberbauungsplans einen Zonenplan erlassen können (Art. 197/3) (54). Solange in einer Gemeinde kein Zonenplan bestanden hätte, hätte als Baugebiet die entsprechende, im Regionalplan ausgeschiedene Fläche, oder, in Ermangelung eines solchen, das Gebiet im Umkreis von 50 m von der geschlossenen Ortsüberbauung, gegolten (Art. 28). Eine weitere Bestimmung sah vor, dass Boden des übrigen Gemeindegebiets nicht in das Baugebiet einbezogen werden dürfe, solange dieses den Bedürfnissen zu genügen vermöchte (Art. 32). Zur Realisierung des Zonenplans, also zur Ueberbauung der den Bauzonen zugewiesenen Gebiete, war als weiteres, neues Institut die Zonenenteignung vorgesehen (Art. 159 - 163) (55). Dieser auch in andern Punkten ausserordentlich interessante Entwurf scheiterte an den erwähnten Widerständen der Gemeinden. Er wurde daher nicht weiterverfolgt.
Am 4.3.1969 legte die Baudirektion dem Regierungsrat einen zweiten Entwurf vor, der gerade in den uns interessierenden Punkten zum Teil wesentlich entschärft worden war. Die Pflicht zur baulichen Ordnung, wozu der Erlass eines Zonenplans mit der Bezeichnung des Baugebiets gehörte, blieb bestehen (Art. 14/1). Daneben wurde die Gemeindeautonomie im Art. 13 ausdrücklich erwähnt. Dem Regierungsrat wurde bloss die Kompetenz erteilt, säumige Gemeinden durch Fristansetzung zur Durchführung der Ortsplanung anzuhalten und allenfalls unzweckmässige Vorschriften ausser Kraft zu setzen (Art. 14/3). Dagegen entfiel die Kompetenz, nötigenfalls für die Gemeinde Vorschriften zu erlassen. Art. 15/1 sah die Möglichkeit vor, ländlichen Gemeinden mit geringer baulicher Entwicklung einen befristeten Dispens von der Durchführung der Ortsplanung zu erteilen. Die Kompetenz sollte bei der kantonalen Baudirektion liegen. Bis zum Erlass eines Zonenplans sollte das von der Gemeinde erschlossene Land als Bauland gelten (Art. 15/3). Im Zweifelsfall sollte die kantonale Baudirektion über die Abgrenzung entscheiden.

---

53 Vortrag Entwurf I BauG S. 9
54 ebenda
55 ebenda S. 16f.

Zwei wesentliche Bestimmungen des ersten Entwurfs fehlten, nämlich die Anweisung, kein neues Baugebiet einzuzonen, bis das bestehende ausgebaut gewesen wäre, und das Korrelat hierzu, die Zonenenteignung. Die vorgeschlagenen Bestimmungen wurden vom Regierungsrat und der vorberatenden Kommission des Grossen Rates gutgeheissen und als gemeinsamer Antrag dem Grossen Rat vorgelegt. Die Art. 13 - 15 des Entwurfs II hatten folgenden Wortlaut:

Gemeindebauvorschriften, 1. Allgemeines

Art. 13

1. Gemeindeautonomie

Die Gemeinden ordnen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen öffentlich-rechtlich die Ueberbauung des Gemeindegebietes auf und unter der Erdoberfläche insbesondere durch:

1. Baureglement und Zonenplan als baurechtliche Grundordnung
2. Ueberbauungspläne
3. Gestaltungspläne
4. Sonderbauvorschriften

Art. 14

2. Pflicht zur baulichen Ordnung
a) Regel

Die Gemeinden haben innert 3 Jahren seit Inkrafttreten dieses Gesetzes ein Baureglement zu erlassen und in einem Zonenplan wenigstens das Baugebiet vom übrigen Gemeindegebiet abzugrenzen.

2 Die Gemeinden, welche bereits solche Vorschriften besitzen, haben diese innert derselben Frist dem Gesetz anzupassen.

3 Genügen die geltenden Gemeindebauvorschriften der baulichen Entwicklung nicht mehr oder erfordern es die im Gesetz vorgesehenen regionalen und kantonalen Pläne, so kann der Regierungsrat

a) eine Gemeinde dazu verhalten, innert angemessener Frist zweckmässige Bestimmungen zu erlassen, insbesondere auch detaillierte Zonenpläne aufzustellen

b) unzweckmässig gewordene Bauvorschriften ausser Kraft setzen.

Art. 15

b) Vorläufiger Dispens; Ersatzordnung

1 Die kantonale Baudirektion kann ländliche Gemeinden mit geringer baulicher Entwicklung vorläufig von der Pflicht zum Erlass von Gemeindebauvorschriften befreien.

Spätestens je nach Ablauf von 5 Jahren sind die Verhältnisse neu zu prüfen.

[2] In diesen Gemeinden gilt das kantonale Normalbaureglement (Art. 16 und 111 Abs. 1 Ziff. 1).

[3] Bis zur Bezeichnung des Baugebiets im Zonenplan (Art. 20) gilt als solches das von der Gemeinde erschlossene Bauland. Im Zweifel entscheidet die kantonale Baudirektion über die Abgrenzung.

Die Art. 13 und 15 passierten die beiden Gesetzeslesungen im Grossen Rat im September 1969 (56) und im Februar 1970 (57), ohne dass materiell eine Aenderung vorgenommen wurde. In Art. 15/2 und 3 erfolgten lediglich Anpassungen an andere, geänderte Gesetzesbestimmungen. Die Fraktion der BGB (58) brachte dagegen einen Aenderungsantrag zu Abs. 1 von Art. 14 ein, der folgenden Wortlaut hatte:

> Die Gemeinden haben innert drei Jahren seit Inkraftreten dieses Gesetzes ein Baureglement zu erlassen und das Baugebiet vom übrigen Gemeindegebiet abzugrenzen. Das Baugebiet wird bezeichnet:
>
> a) in der Regel im Zonenplan (Art. 20ff.)
>
> b) durch die Erschliessungsplanung (Art. 71 in Verbindung mit Art. 31ff.), solange die Gemeinde keinen Zonenplan besitzt. Hier gilt als Baugebiet das von der Gemeinde erschlossene und in Ueberbauungsplänen zur Erschliessung vorgesehene Land (59).

In Abweichung vom Antrag der Regierung und der Kommission sah der Vorschlag eine nochmalige Lockerung der Planungspflicht vor, indem die Abgrenzung des Baugebiets allein durch eine Erschliessungsplanung möglich sein sollte, unter Verzicht auf eine eigentliche Zonen- bzw. Nutzungsplanung. Das sollte Gemeinden in Berggebieten und in anderen Randregionen eine ihren geographischen und wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene, einfachere Planung ermöglichen (60). Der Regierungsrat und die grossrätliche Kommission übernahmen den Antrag weitgehend und schlugen für die zweite Gesetzeslesung im bereinigten Entwurf II eine Fassung vor, die vom Grossen Rat unverändert übernommen und Gesetz wurde. Die definitive Fassung der Art. 13 - 15 BauG hatte schliesslich folgenden Wortlaut:

---

56 Tagblatt 1969 S. 508ff., 513ff., 531ff.
57 Tagblatt 1970 S. 96ff.
58 Bauern-, Gewerbe- und Bürgerpartei, heute SVP, Schweizerische Volkspartei
59 Tagblatt 1969 S. 523
60 Ausführungen des Kommissionspräsidenten Hubacher zur definitiven Fassung von Art. 14/1, Tagblatt 1970 S. 96

1. Gemeindeautonomie

Art. 13

Die Gemeinden ordnen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen öffentlich-rechtlich die Ueberbauung des Gemeindegebiets auf und unter der Erdoberfläche insbesondere durch:

1. Baureglement und Zonenplan als baurechtliche Grundordnung;
2. Ueberbauungspläne;
3. Gestaltungspläne;
4. Sonderbauvorschriften.

2. Pflicht zur baulichen Ordnung
a) Regel

Art. 14

[1]Die Gemeinden haben innert drei Jahren seit Inkrafttreten dieses Gesetzes ein Baureglement zu erlassen und wenigstens das Baugebiet vom übrigen Gemeindegebiet abzugrenzen. Das Baugebiet wird bezeichnet:

a) in der Regel im Zonenplan (Art. 20ff.);

b) solange eine Gemeinde keinen Zonenplan besitzt, durch die Erschliessungsplanung (Art. 70 und 71 in Verbindung mit Art. 31ff.). In diesem Falle gilt als Baugebiet das von der Gemeinde erschlossene und das in den Ueberbauungsplänen zur Erschliessung vorgesehene Land.

[2]Die Gemeinden, welche bereits solche Vorschriften besitzen, haben diese innert derselben Frist dem Gesetz anzupassen.

[3]Genügen die geltenden Gemeindebauvorschriften der baulichen Entwicklung nicht mehr oder erfordern es die im Gesetz vorgesehenen regionalen und kantonalen Pläne, so kann der Regierungsrat

a) eine Gemeinde dazu verhalten, innert angemessener Frist zweckmässige Bestimmungen zu erlassen, insbesondere detaillierte Zonenpläne aufzustellen;

b) unzweckmässig gewordene Bauvorschriften ausser Kraft setzen.

Art. 15

[1]Die kantonale Baudirektion kann ländliche Gemeinden mit geringer baulicher Entwicklung vorläufig von der Pflicht zum Erlass von Gemeindebauvorschriften befreien. Spätestens je nach Ablauf von fünf Jahren sind die Verhältnisse neu zu prüfen.

[2]In diesen Gemeinden gilt das kantonale Normalbaureglement (Art. 16 und 111 Abs. 1 Buchstabe a).

[3] Bis zur Bezeichnung des Baugebietes (Art. 14 Abs. 1) gilt als solches das von der Gemeinde erschlossene Bauland. Im Zweifel entscheidet die kantonale Baudirektion über die Abgrenzung.

3.3 Die Abgrenzung des Baugebiets im Zonenplan

3.31 DER ZONENPLAN ALS BESTANDTEIL DER ORTSPLANUNG

Das heute gebräuchlichste Planungsinstrument für die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet ist der Zonen- und Nutzungsplan. Dies kommt auch in Art. 14/1 BauG zum Ausdruck, wonach in der Regel dieses Instrument für die Abgrenzung zu wählen ist. Das Baugebiet umfasst die nach dem Nutzungsrichtplan für die Planungszeit Z_1 zur Ueberbauung vorgesehenen Bodenflächen.

3.32 DIE KOOPERATION BEI DER AUSSCHEIDUNG DES BAUGEBIETS

Für die Abgrenzung des Baugebiets von grosser Bedeutung sind die Koordination mit den Nachbargemeinden und die Beachtung der von übergeordneten Verbänden erarbeiteten Leitbilder und Richtpläne. Gerade am Beispiel der Baugebietsabgrenzung lässt sich die Bedeutung der Kooperation in der Raumplanung zeigen. Zusammenhängende Landwirtschafts- und Erholungsgebiete, wie sie die Art. 66 BauG, 12 und 14 RPG anstreben, können ohne Zusammenarbeit in unseren politisch kleinräumigen Gebieten nicht geschaffen werden. Wir führen dazu zwei Beispiele an:

- Wo sich in einem langgezogenen Tal oder entlang eines Seeufers Gemeinde an Gemeinde reiht (61), geht es nicht an, dass jede Gemeinde immer dort Baugebiete bezeichnet, wo es ihr gerade günstig erscheint. Ein einzelnes, unglücklich gewähltes Baugebiet kann eine noch intakte Landschaft schwer beschädigen, sowohl inbezug auf eine rationelle landwirtschaftliche Produktion wie auf die landschaftliche Schönheit oder Eigenart des Gebiets.

- Wo gemäss dem Leitbild eines Regionalplanungsverbandes grössere landwirtschaftlich genutzte Trenngürtel zwischen bestehenden Siedlungen erhalten bleiben sollen, wird nötigenfalls eine Gemeinde zu Gunsten der Nachbargemeinde auf gewisse Einzonungen verzichtet müssen, auch dann, wenn sie, allein nach den Zielsetzungen der Ortsplanung betrachtet, sinnvoll wären.

Den Regionalplanungsverbänden und dem Kanton stehen Mittel zur Verfügung, um allenfalls die Befolgung ihrer Richtpläne zu erzwingen. Die ersten Einwirkungsmöglichkeiten bestehen dann, wenn der Gemeinderat die Richtpläne der kantonalen Baudirektion zur Stellungnahme vorlegt. Dieses Verfahren ist im Art. 116 BauV geregelt.

Die Richtpläne unterliegen keiner Genehmigung durch den Kanton. Sie werden gemäss Art. 117/1 BauV nach Durchführung des Bereinigungsverfahrens vom Gemeinderat endgültig beschlossen und in Kraft gesetzt.

---

61 Ein Beispiel hierzu: Das St. Immer-Tal, vgl. Planungsatlas III S. 62ff.

Stärker kann der Kanton bei der zweiten Runde eingreifen, nämlich bei der Genehmigung des Zonenplans durch die kantonale Baudirektion. Das Genehmigungsverfahren beschäftigt uns unten in Ziff. 3.8.

3.33 DIE BESTIMMUNG DER ZONENZUGEHOERIGKEIT DER EINZELNEN GRUNDSTUECKE

Die Zuweisung der einzelnen Grundstücke zu einer bestimmten Zone erfolgt im Zonenplan. Dieser wird, je nach Grösse der Gemeinde und des zu bezeichnenden Baugebietes, im Massstab 1:1000, 1:2000 oder 1:5000 gezeichnet. Schwierigkeiten können auftauchen, wenn die Zonengrenzen nicht den in den Grundbuchplänen eingetragenen Grundstücksgrenzen entlang verlaufen, was bei grossflächigen oder topografisch uneinheitlichen Parzellen häufig vorkommt, oder wenn ein veralteter Plan verwendet wird. Das Bundesgericht hatte sich in seinem Entscheid BGE 98 Ia 581 mit einem solchen Fall zu befassen. Im Zonenplan der Gemeinde Fully/VS stimmen 80 % der Zonengrenzen nicht mit den Grundstücksgrenzen überein. Der Beschwerdeführer und die Gemeindebehörde vertraten die Auffassung, dass bei Grundstücken, welche mehreren Zonen angehören, die Zonenvorschriften mit den für den Grundeigentümer günstigsten Nutzungsvorschriften auf das ganze Grundstück anwendbar seien. Demgegenüber stellte das Bundesgericht richtig, dass die Zonengrenzen genau zu beachten sind und deshalb für verschiedene Teile desselben Grundstücks verschiedene Zonenvorschriften gelten. Allerdings muss eine solcherart differenzierte Nutzungsordnung für das einzelne Grundstücke planerisch sinnvoll sein und dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.
Streitigkeiten über die Zugehörigkeit einer Bodenfläche zu einer bestimmten Zone werden im Baubewilligungsverfahren entschieden (62). Weichen einzelne Plandoppel voneinander ab, so ist nach § 7/2 der Verordnung über die Gemeindereglemente das bei der Baudirektion aufbewahrte Exemplar massgebend. Eine weitere Möglichkeit, klare Verhältnisse zu schaffen, ist die Korrektur ungenauer Zonenpläne im abgekürzten Planverfahren nach Art. 42/2/f BauG und Art. 135 BauV für geringfügige Aenderungen von Bauvorschriften. Solche kann der Gemeinderat ohne öffentliche Auflage, jedoch nach Anhörung der betroffenen Grundeigentümer beschliessen und der kantonalen Baudirektion zur Genehmigung einreichen. Schliesslich kann durch die Erteilung von Ausnahmebewilligungen eine Korrektur des Zonenplans vorgenommen werden, wobei jedoch die besonderen Voraussetzungen für Ausnahmen gegeben sein müssen (63). Die Ausnahmebewilligung ist ein zweckmässiges Mittel, um in Einzelfällen willkürliche Zonengrenzen auszugleichen. Sie darf jedoch nicht einer erheblichen Aenderung des Zonenplans gleichkommen (64).
Erheblich grössere Unklarheiten sind in Gemeinden ohne Zonenplan während des Uebergangsrégimes der provisorischen Baugebietsabgrenzung anzutreffen (s. unten).

---

62 MbVR 41 (1943) S. 340
63 BauG Art. 46ff., BGE 98 Ia 583
64 BGE 98 Ia 584

3.4 Die Abgrenzung des Baugebiets im Rahmen der Erschliessungsplanung

3.41 ZIELVORSTELLUNGEN UND UNTERSCHIEDE ZUR ZONENPLANUNG

Während der parlamentarischen Beratung des Baugesetzes wurde dem Obligatorium zum Erlass von Zonenplänen opponiert. Das Hauptargument war, dass die Zonenplanung als ungeeignet für Rand- und Berggebiete mit ihrer traditionell gestreuten Bevölkerungsverteilung angesehen wurde. Der Zonenplan lehne sich zu stark an die Vorstellung geschlossener Siedlungen mit Ortskern und darum herum angelegten differenzierten Bauzonen an, wie sie im Mittelland und im Jura vorkommen. Im weiteren wurde das Bedürfnis für die Ausscheidung verschiedener Bauzonen mit unterschiedlichen Nutzungsvorschriften für diese Gebiete bestritten. Die seit jeher vorherrschende gemischte Nutzung des Baugebiets solle beibehalten und niemandem ein gebietsfremdes Modell aufgezwungen werden (65). Diesen Einwänden wurde dadurch Rechnung getragen, dass Art. 14/1 durch eine Vorschrift ergänzt wurde, wonach das Baugebiet auch durch die Erschliessungsplanung bezeichnet werden kann.
Eine Ortsplanung, die sich auf die Erschliessungsplanung beschränkt, kommt nicht darum herum, eine vollständige Richtplanung gemäss Art. 7O BauG und 111 BauV zu erstellen. Es entfallen einzig der Zonenplan sowie der Erlass differenzierter Nutzungsvorschriften für verschiedene Bauzonen im Baureglement. Die im Nutzungsrichtplan innert der Planungszeit Z_1 zur Ueberbauung vorgesehenen Gebiete werden mittels Erschliessungsplänen in der Form von Ueberbauungsplänen bezeichnet. Die Vorschriften über die bauliche Nutzung in diesen Gebieten werden ins Baureglement aufgenommen oder allenfalls in Sonderbauvorschriften zu den einzelnen Ueberbauungsplänen festgelegt.

3.42 DER PLANPERIMETER DES ERSCHLIESSUNGSPLANS

Damit über die Abgrenzung des zu überbauenden Gebiets vom übrigen Gebiet Klarheit herrscht, ist die Festlegung eines Perimeters für den Geltungsbereich der Ueberbauungspläne unerlässlich. Diese Pläne enthalten oft nur die von der Gemeinde zu erstellenden Basiserschliessungsanlagen. Deren Einzugsbereich, bestimmt durch ihre Kapazität, liesse sich technisch meist über die planerisch gewollte Ueberbauung hinaus ausdehnen, und der Umfang der von den Grundeigentümern in eigenen Kosten zu erstellenden Detailerschliessungsanlagen hängt in vielen Fällen vor allem von der Finanzkraft der Eigentümer ab. Sollen etwa die unteren zwei Drittel eines Hanges zur Ueberbauung freigegeben werden, der obere Drittel dagegen als Erholungsgebiet erhalten bleiben, so könnten die hierzu erforderlichen Basiserschliessungsanlagen wohl zur Erschliessung des gesamten Hanges dienen.

---

65 Brawand, Tagblatt 1969 S. 516, Hubacher, Tagblatt 1970 S. 96, Zaugg, N 6 zu Art. 14 BauG. Das Modell ist dargestellt in den ORL-Richtlinien, Blatt 511'507 (1967)

Für die höher gelegenen Grundstücke müssten einzig etwas längere Detailerschliessungen gebaut werden. Ein zweckmässig gezogener Ueberbauungsplanperimeter schliesst eine solche Entwicklung aus und verhindert Streitigkeiten über die Zuordnung eines Grundstücks zum Bau- oder zum übrigen Gebiet.

3.43 DIE KOMBINATION VON ZONEN- UND ERSCHLIESSUNGSPLANUNG

Der Wortlaut des Art. 14/1 BauG scheint die Bezeichnung des Baugebiets entweder im Zonenplan oder durch die Erschliessungsplanung, also durch Ueberbauungspläne, zu verlangen. Nach den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Sprechers der vorberatenden grossrätlichen Kommission ist jedoch eine Kombination der Systeme denkbar (66). Dem kann dann zugestimmt werden, wenn ein Zonenplan nur die grösseren Ortschaften einer Gemeinde umfasst, in bestimmten Aussen- und Randgebieten, grösseren Weilern oder Dörfern, aber ebenfalls Baugebiete ausgeschieden werden sollen. Sofern es sich um einfache Verhältnisse handelt, kann dies durchaus zweckmässig durch Ueberbauungspläne geschehen. Die Erweiterung des Baugebiets in den vom Zonenplan erfassten Gebieten sollte jedoch im Interesse der Einheitlichkeit, der Klarheit und Uebersichtlichkeit des Planwerks und der übrigen Bauvorschriften immer über die Zonenplanänderung erfolgen, wobei die Festlegung der Erschliessung in zusätzlichen Ueberbauungspläne in vielen Fällen nicht zu umgehen sein wird. Die grosse Zahl der zur Verfügung stehenden Planungsinstrumente darf nicht dazu führen, dass durch lauter Differenzierungen die Rechtszersplitterung und in ihrem Gefolge die Rechtsunsicherheit ständig zunehmen. So kommt es vor, dass in einer Gemeinde nach Baureglement einerseits und Sonderbauvorschriften zu einem Ueberbauungsplan andererseits verschiedene Messarten der Gebäudehöhen oder unterschiedliche Bestimmungen für die Kellergeschosse oder die Dachformen bestehen! Das Ergebnis wird nicht besser sein, als wenn überall die gleichen Vorschriften gelten und konsequent angewendet werden.

3.5 Die Uebergangsregelung bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung

Art. 14/1 BauG verpflichtet die Gemeinden, die Baugebietsabgrenzung innert drei Jahren, also bis zum 31.12.1973, vorzunehmen. Abgesehen davon, dass diese Frist eine blosse Ordnungsvorschrift darstellt (67) und bloss deklaratorische Bedeutung hat (68), musste für die Zeit bis zum Inkrafttreten der Ortsplanungen eine Uebergangslösung getroffen werden, um einer ungeordneten Bautätigkeit in dieser Uebergangszeit wirksam zu begegnen. Dabei musste dem unterschiedlichen Stand der Planungen im Kanton (69) Rechnung getragen werden.

---

66 Hubacher, Tagblatt 1970 S. 96, ebenso Zaugg N 7 zu Art. 14 BauG

67 Zaugg N 2 zu Art. 14 BauG

68 Nach Auskunft der kant. Baudirektion waren am 31.12.1973 bloss drei Ortsplanungen nach neuem Recht abgeschlossen, das heisst durch Genehmigung der Direktion rechtskräftig geworden.

69 vorn Ziff. E.3.23

3.51 IN GEMEINDEN MIT ZONENPLAN

In Gemeinden, die einen Zonenplan nach altem Recht erlassen haben, gelten die nach Art. 6 BVG ausgeschiedenen Landwirtschaftszonen als übriges Gemeindegebiet.

3.52 IN GEMEINDEN OHNE ZONENPLAN

Die Hauptschwierigkeiten traten in den 326 Gemeinden ohne Zonenplan auf. Art. 28 des Entwurfs I zum BauG hatte vorgesehen, dass in solchen Gemeinden das Gebiet im Umkreis von 50 m von der geschlossenen Ortsüberbauung als Baugebiet gelten solle. Diese schematische Vorschrift wäre kaum praktikabel gewesen. Schwierigkeiten hätte schon die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "geschlossenen Ortsüberbauung" gebracht. Aehnlich wie die Zonenplanung geht er nämlich von der Vorstellung festumrissener Siedlungen aus. Diese Siedlungsform ist jedoch nicht für alle Teile des Kantonsgebiets üblich und vorherrschend. Wenn das Entstehen geschlossener Siedlungen auch ein vorrangiges Ziel der Raumplanung ist (70), kann dies trotzdem nicht als einziges Kriterium wegleitend sein für eine provisorische Uebergangsregelung, welche an die bestehende Siedlungsstruktur anknüpft. Im weiteren wäre die voraussetzungslos ins Baugebiet einzubeziehende Landreserve von 50 m rund um die Siedlung willkürlich und durch keine eindeutigen Kriterien begründbar gewesen.
Die Regelung, die schliesslich gewählt wurde, legt dagegen solche Kriterien zugrunde: Solange eine Gemeinde keine Zonen- oder Erschliessungsplanung hat, gilt *das von ihr erschlossene Land als Baugebiet.* Dies gilt gemäss Art. 14/1/b BauG für Gemeinden, die im Begriff sind, ihre Ortsplanung durchzuführen, und gemäss Art. 15/3 für solche, welche von der Durchführung einer Planung dispensiert sind (s. unten). Zur Bestimmung des Baugebiets dienen also *technische* Kriterien. Sie sind in Art. 114/1 BauV präzis umschrieben:

> In Gemeinden ohne Ortsplanung gilt als Baugebiet das von der Gemeinde erschlossene Bauland (Art. 15 Abs. 3 des Baugesetzes). Als erschlossen sind diejenigen Gebietsteile anzusehen, für welche alle nachgenannten Voraussetzungen zutreffen :
>
> a) Zufahrtsmöglichkeit von einer bestehenden und ausreichend ausgebauten (Art. 33) öffentlichen Strasse her;
>
> b) Versorgungsmöglichkeit mit Trink-, Brauch- und Löschwasser sowie Energie (Elektrizität oder Gas), wobei die Kapazität des bestehenden öffentlichen Versorgungsnetzes für näher am Ortskern oder bei den öffentlichen Strassen gelegene Liegenschaften nicht beeinträchtigt werden darf;
>
> c) Einleitungsmöglichkeit der Abwasser in die öffentlichen Abwasseranlagen, ohne dass deren Kapazität für näher am Ortskern oder an den öffentlichen Strassen gelegene Liegenschaften beeinträchtigt würde.

70 vorn Ziff. E.1.1 und 1.4

In Art. 15/3 BauG erhielt die kantonale Baudirektion die Kompetenz zugewiesen, im Zweifel über die Abgrenzung zu entscheiden. Nach der Systematik des Gesetzes ist diese Kompetenz somit auf Gemeinden mit einem Dispens von der Ortsplanung beschränkt, denn Art. 15 ist die Ausnahmebestimmung zu Art. 14, der die Pflicht zur baulichen Ordnung zum Inhalt hat. Der Regierungsrat dehnte sie jedoch in Art. 114 generell auf die Gemeinden ohne Ortsplanung aus, also auch für diejenigen, in denen gemäss Art. 14/1/b BauG bis zum Inkrafttreten des Zonenplans oder der Erschliessungspläne die gleiche Abgrenzungsregel gilt. Art. 114/2 BauV lautet:

> Im Zweifel, insbesondere in Gemeinden ohne öffentliches Kanalisationsnetz entscheidet die kantonale Baudirektion nach Einholung der Mitberichte der interessierten Amtsstellen über die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet (Art. 15 Abs. 3 des Baugesetzes). Sie kann in Gemeinden, in welchen das Baugebiet nicht in einem Zonenplan oder in Ueberbauungsplänen bezeichnet ist, eine provisorische Abgrenzung vornehmen; der Gemeinderat ist dazu anzuhören.

Der Baudirektion stehen zwei Möglichkeiten offen, über die Zugehörigkeit von Grundstücken zum Baugebiet zu entscheiden.

3.521 Die Abgrenzung des Baugebiets im Einzelfall

Sie bestimmt im Einzelfall, ob ein Grundstück innerhalb des Baugebiets liegt. Dies geschieht in der Regel im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens für ein Bauvorhaben auf dem betreffenden Grundstück. Die Feststellung kann aber auch selbständig getroffen werden, im Sinn von Art. 1/2 DelG, und zwar durch eine Verfügung. Die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens ist in diesem Fall nicht notwendig. Dem Bauinteressenten bleiben dadurch die Projektierungskosten für einen Bau erspart, dessen Realisierung ausgeschlossen ist, wenn das Grundstück im übrigen Gemeindegebiet liegt. Solche Entscheide über die Zugehörigkeit eines Grundstücks zum Baugebiet stellen selbständige Verwaltungsverfügungen dar, welche gemäss Art. 10/1 DelG nach erfolgter Einsprache beim Regierungsrat angefochten werden können (71). Bei den Entscheiden über die Erteilung oder Genehmigung von Ausnahmen von Bauvorschriften werden wir dagegen einer anderen Regelung begegnen (72).

3.522 Die provisorische Abgrenzung des Baugebiets

Die Baudirektion kann für das Gebiet einer ganzen Gemeinde eine provisorische Abgrenzung des Baugebiets vornehmen, was in den meisten Gemeinden ohne Zonenplan geschah. Dabei mussten die Abgrenzungen oft nach planerischen Gesichtspunkten durchgeführt werden, nämlich

---

71 Die gleiche Auffassung äusserte Prof. A. Zaugg anlässlich der Beratungen der grossrätlichen Kommission zu Art. 7 des Normalbaureglements

72 hinten Ziff. J.8.3

dann, wenn die Bestimmung eines eindeutigen Baugebietsperimeters aufgrund technischer Kriterien, also der Kapazität der vorhandenen Erschliessungsanlagen, nicht möglich war (73). Denn es ginge nicht an, dass Private abgelegene Grundstücke mit langen Erschliessungsleitungen an diejenigen der Gemeinde heranbauen, auch wenn deren Kapazität hierfür ausreichte. Eine geordnete bauliche Entwicklung bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung würde erheblich beeinträchtigt. Ein Beispiel hierzu ist die Villa, die auf dem Hügel hinter dem Dorf errichtet werden soll, unter Erstellung von Zufahrt und Leitungen von 500 m Länge ins Dorf hinunter. Wegleitend für die Abgrenzungen waren folgende Ueberlegungen:

- Von der Gemeinde erstellt sind Erschliessungsanlagen, die sie selber gebaut hat oder die eine besondere Körperschaft (Wasserwerk etc.) in ihrem Auftrag baute (74). Einen Schritt weiter geht das Verwaltungsgericht. Es hat erklärt, private Erschliessungsanlagen könnten dann als durch die Gemeinde erstellt gelten, wenn sie in deren Auftrag oder durch vertragliche oder andere Abmachung zwischen der Gemeinde und dem privaten Erschliesser veranlasst worden seien (75).

- Unüberbautes Land am Rand der bestehenden Siedlungen gehört nur dann zum provisorischen Baugebiet, wenn es hinreichend und ohne unverhältnismässigen Aufwand an die Erschliessungsanlagen der Gemeinde angeschlossen werden kann. Der Aufwand ist insbesondere dann unverhältnismässig, wenn nur mit Hilfe eines Detailerschliessungsplanes eine hinreichende und geordnete Erschliessung im Sinn von Art. 4 BauG (76) erreicht werden könnte. Keinen Platz fand dagegen die Berücksichtigung subtiler planerischer Grundsätze, wie sie für die Durchführung einer Ortsplanung gelten. Eine Gemeinde, die ausgerechnet landwirtschaftlich bestgeeignetes oder landschaftlich hochempfindliches Land erschlossen hat, verfügt nun eben dort über Bauland, und sie kann einzig versuchen, es später im Zonenplan wieder dem übrigen Gemeindegebiet zuzuweisen.

- In vielen Gemeinden fehlten einzelne Erschliessungsanlagen, insbesondere die öffentliche Kanalisation, gelegentlich auch die ausreichende öffentliche Wasserversorgung oder hinreichend ausgebaute Strassen. In diesen Gemeinden musste die Abgrenzung auf die bestehende Siedlung beschränkt werden, ergänzt allenfalls um kleine Abrundungen am Rand der Ortschaften. Weitergehende Abgrenzungen wären nicht tragbar gewesen (77). Denn innerhalb des Baugebiets trifft die Gemeinde die Basiserschliessungspflicht gemäss Art. 71 und 72 BauG, und die neue eidgenössische Gewässerschutzgesetzgebung verlangt den Anschluss von Neu- und Umbauten im Baugebiet an die öffentliche Kanalisation in der Regel sofort oder innert dreier Jahre, wobei letzteres sogar ausgeschlossen ist, wenn der zu erwartende Abwasseranfall zwölf Bewohnergleichwerte überschreitet (Art. 26 AGSchV). Da es vor allem wirtschaftlich und finanziell

73 Zaugg N 5 Al.3 zu Art. 15 BauG
74 ebenda
75 VGE vom 28.1.1974 i.S. Gaechter
76 hinten Ziff. J.3.23
77 In RRB Nr. 1610/1974 E.2.c wird diese Praxis der Baudirektion geschützt.

schwache Gemeinden sind, in denen die öffentlichen Kanalisationen oder Wasserversorgungen noch fehlen, wären sie bei einer grosszügigen Dimensionierung des provisorischen Baugebiets bezüglich der Erschliessungspflicht überfordert worden.

Gelegentlich wird eingewendet, die Bestimmung in Art. 114/2 BauV sei gesetzwidrig, weil sie eine provisorische Baugebietsabgrenzung auch dort zulasse, wo eine volle Erschliessung durch die Gemeinde gar nicht erstellt worden sei. Art. 14/1/b und Art. 15/3 BauG enthielten keinen entsprechenden Vorbehalt. Von streng planungs- und erschliessungstechnischer und rechtssystematischer Warte aus mag dies zutreffen. Der Regierungsrat liess sich beim Erlass dieser Vorschrift jedoch auch von staatspolitischen Ueberlegungen leiten, die berücksichtigen, dass die Idee der Raumplanung in den wirtschaftlichen Randgebieten erst noch Fuss fassen muss. Dazu wäre eine allzu rigorose Durchsetzung sämtlicher Kriterien der Erschliessung untauglich gewesen, hätte sie doch über längere Zeit jegliche Bautätigkeit und damit auch eine nur geringe wirtschaftliche Entwicklung praktisch gestoppt. Dies war aber nicht der Wille des Gesetzgebers, als er die Art. 14 und 15 BauG beschloss.
Für die provisorischen Abgrenzungen wurden Pläne im Massstab 1:10'000 verwendet. Sie wurden ohne öffentliche Auflage, Einsprachemöglichkeit und Gemeindebeschluss, sondern einzig nach Anhörung des Gemeinderats erstellt. Sie liegen bei den Gemeindeverwaltungen jedermann zur Einsicht offen auf. Ein solches Verfahren, das jegliche Mitwirkungsrechte der Stimmbürger und der betroffenen Grundeigentümer ausschliesst, ist an den bei uns sonst geltenden demokratischen Institutionen der Rechtssetzung gemessen bedenklich und nur deshalb gerechtfertigt, weil es sich um eine Uebergangsmassnahme handelt, über deren Dauer und Aufhebung die Organe der betroffenen Gemeinden massgeblich selbst bestimmen können. Dazu gehen die Rechtwirkungen der provisorischen Abgrenzung viel weniger weit als diejenigen des Zonenplans:

- Sie stellen eine blosse *Entscheidungshilfe* für die Bau- und Planungsbehörden für die Zuordnung der einzelnen Grundstücke zum Baugebiet oder zum übrigen Gemeindegebiet dar.

- Deshalb ist jedem Grundeigentümer der Nachweis vorbehalten, dass sein Grundstück die erschliessungsmässigen Voraussetzungen der Art. 14/1/b bzw. 15/3 BauG und des Art. 114/1 BauV erfüllt, und somit zum Baugebiet gehört, auch wenn es im Plan der provisorischen Baugebietsabgrenzung als übriges Gemeindegebiet erscheint. Solche Fälle sind im Randbereich der Abgrenzung durchaus denkbar. Die Baudirektion ist dann gehalten, einen Einzelentscheid zu fällen, wie er oben beschrieben wurde (78).

Im allgemeinen bewährt sich das System der provisorischen Baugebietsabgrenzung aufgrund der effektiv ausgeführten öffentlichen Erschliessungsanlagen, trotz öfters vorkommender Zuordnungschwierigkeiten von Grundstücken in den Randgebieten der Siedlungen. Die Vorteile zeigen sich insbesondere darin:

- Die Gemeinden erhalten Zeit, ihre Ortsplanungen sorgfältig durchzuführen.

78 Ein Anwendungsfall ist in RRB Nr. 1610/1974 zu finden.

- Die bauliche Entwicklung wird in der Zwischenzeit nicht vollständig gestoppt.
- Allfällige Erweiterungen des Baugebiets vor dem Abschluss der Ortsplanung erfolgen in geordnetem Rahmen mittels Ueberbauungsplänen (79).
- Die Gemeinden sind nicht mit überdimensionierten, unerschlossenen Bauzonen belastet, wie das bei einer Reihe von Gemeinden mit einem veralteten Zonenplan der Fall ist. Neue Baugebiete können auf die von der Ortsplanung formulierten Zielsetzungen ausgerichtet werden. Die Freihaltung von Gebieten ist einfacher, wenn sie nicht zuerst ausgezont werden müssen. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass die Gemeinde Niederwichtrach durch einen Beschluss der Gemeindeversammlung den bestehenden Zonenplan aufhob und durch eine provisorische Baugebietsabgrenzung gemäss Art. 114 BauV ersetzte, bis die Ortsplanungsrevision abgeschlossen ist.

3.6 Die Abgrenzung des Baugebiets in Gemeinden mit Dispens von der Durchführung der Ortsplanung

Art. 15 BauG sieht vor, dass die kantonale Baudirektion ländliche Gemeinden mit einer geringen baulichen Entwicklung vorläufig von der Pflicht zum Erlass von Gemeindebauvorschriften befreien kann. Die Verhältnisse sind mindestens alle fünf Jahre neu zu prüfen. Als Ersatzordnung gelten das kantonale Normalbaureglement als Baureglement und das von der Gemeinde erschlossene Bauland als Baugebiet. Art. 113 BauV enthält einige Bestimmungen über das Verfahren und die massgebenden Faktoren, nach denen die Dispensgesuche zu prüfen sind:

> 1 Gemeinden, die gestützt auf Artikel 15 Absatz 1 des Baugesetzes vorläufig von der Pflicht zur Ortsplanung befreit zu werden wünschen, haben innert Jahresfrist seit Inkrafttreten des Baugesetzes der kantonalen Baudirektion dafür ein begründetes Gesuch zu unterbreiten. Dieses soll für den abgelaufenen Zeitraum von 10 Jahren Aufschluss geben über die Entwicklung der Einwohnerzahl und die in der Gemeinde erstellten Neubauten (Anzahl und Art) sowie die voraussichtliche Entwicklung für die nächsten 5 Jahre.
>
> 2 Die Baudirektion entscheidet über das Gesuch nach Anhören des Regierungsstatthalters und allfällig bestehender Regionalplanungsorganisationen.

Die Gesuche werden jeweils vom Gemeinderat, in der Regel gestützt auf einen entsprechenden Beschluss der Gemeindeversammlung, gestellt. Die Baudirektion dispensierte 1971 und 1972 total 30 Gemeinden in diesem Sinn (80).

---

79 hinten Ziff. J.2.36

80 Verwaltungsbericht der Direktion der Bauten des Kantons Bern 1972 S. 7

Nicht alle der von der Ortsplanung dispensierten Gemeinden weisen voll erschlossene Baugebiete nach den Kriterien von Art. 15/3 BauG und Art. 114/1 BauV auf. Wo gestützt auf Art. 114/2 BauV dennoch eine provisorische Baugebietsabgrenzung vorgenommen wurde, kann sich die Gemeinde ihrer Erschliessungspflicht nicht entziehen. In einzelnen Gemeinden fasste daher die Gemeindeversammlung den Beschluss, auf ein provisorisches Baugebiet überhaupt zu verzichten. Das hat zur Folge, dass das ganze Gemeindegebiet nur nach Massgabe der Art. 23 und 24 genutzt werden kann. Für diese kleinen Gemeinden sind damit allerdings nicht alle Probleme gelöst (81).

3.7 Altrechtliche Sonderfälle

Das weitgehende Selbstgestaltungsrecht der Gemeinden für ihre Bauvorschriften unter dem AlignementsG und dem BVG hatte zur Folge, dass Zonenpläne und Nutzungsbestimmungen erlassen und vom Kanton genehmigt wurden, welche oft unklar sind und deshalb Anlass zu Auslegungsstreitigkeiten geben, wenn sie unter dem Gesichtspunkt der neuen kantonalen Bestimmungen über die Abgrenzung des Baugebiets und die Nutzung des übrigen Gemeindegebiets geprüft werden. Wir wollen einige Fälle näher betrachten.
Nach der Bestimmung in Art. 113/1 BauG sind mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes alle dazu im Widerspruch stehenden Vorschriften aufgehoben. Diese Wirkung tritt sofort ein, nicht erst nach Ablauf der Frist von drei Jahren zur Anpassung der bestehenden Gemeindebauvorschriften an die neue Gesetzgebung, wie sie der Art. 14/1 BauG vorsieht (82). Schwierig ist oft die Abgrenzung, ob eine Gemeindebauvorschrift noch zulässig, aber im Rahmen einer Ortsplanungsrevision der neuen Gesetzgebung anzupassen ist, oder ob sie mit dieser unvereinbar und damit aufgehoben ist.

3.71 DIE AUFTEILUNG DES GANZEN GEMEINDEGEBIETS IN BAUZONEN

Einzelne Gemeinden teilten ihr gesamtes Territorium in Bauzonen oder Bauklassen ein, ausgenommen die Waldgebiete. Ist damit der in Art. 14/1 BauG verlangten Baugebietsabgrenzung genüge getan?

3.711 Der Bauklassenplan und die Bauordnung der Stadt Bern vom 6.1.1956

Der Bauklassenplan teilt das Gemeindegebiet in neun Bauklassen auf, dazu kommen Wald und Grünflächen. Die heute noch überwiegend landwirtschaftlich genutzten Gebiete im Westen der Stadt, rund 100 ha, wozu die Bümpliz, Bethlehem, Bottigen, Matzenried und Riedbach gehören, sind der Bauklasse I A zugewiesen. Die wichtigsten dazugehörigen Nutzungsvorschriften lauten:

---

81 hinten Ziff. J.2.252
82 Zaugg, N 2 zu Art. 14, N 1 zu Art. 113 BauG, RRB Nr. 138 vom 17.1.1973, VGE vom 15.8.1973 i.S. Dost

Art. 88 Abs. 1
In der Bauklasse I A dürfen Gebäude nur mit einem Geschoss und einer Gebäudehöhe bis zu 4,50 m erstellt werden.

Art. 91 Abs. 1
Als Schutzgebiete gelten die Bauklasse I A, II, II A, III und III A sowie die nähere Umgebung von Schulen, Kirchen, Kirchengemeindehäusern, Krankenhäusern und Friedhöfen in den obigen Bauklassen.

2 In den Schutzgebieten sind gewerbliche und industrielle Anlagen, die durch ihren Betrieb das ruhige und gesunde Wohnen beeinträchtigen oder durch ihren Baucharakter die Entwicklung solcher Gebiete ungünstig beeinflussen würden, verboten.

3 Verboten sind insbesondere alle Betriebe, die starken Rauch, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung verursachen, Stallungen für gewerbliche Zwecke sowie Garagen, die dem Betrieb eines Automobilgewerbes dienen.

4 Ueber die Zulässigkeit solcher gewerblicher oder industrieller Betriebe entscheidet die Baupolizeibehörde, die in Grenzfällen das Gutachten von Sachverständigen einholen kann.

Es sind somit im ganzen Gemeindegebiet nichtlandwirtschaftliche Bauten zugelassen, für das Gebiet der Bauklasse I A allerdings nur im Rahmen restriktiver baupolizeilicher Mass- und Immissionsvorschriften.
Ich vertrete die Auffassung, dass die Bauklasse I A und die dazugehörigen Nutzungsvorschriften *unvereinbar* mit den Art. 14 und 23f. BauG sind, soweit sie nichtlandwirtschaftliche Bauten über den Rahmen des Art. 24 BauG hinaus ermöglichen. Die Gebiete gehören seit dem 1.1.1971 zum übrigen Gemeindegebiet. Dafür sprechen folgende Gründe:

- Das BauG verlangt zwingend die Trennung des Bau- vom übrigen Gebiet. Zum übrigen Gemeindegebiet gehören nicht nur die forst-, sondern auch die landwirtschaftlich genutzten sowie allfällige weitere, unproduktive Bodenflächen.
- Die Westgebiete haben eindeutig landwirtschaftlichen Charakter. Es kann nicht ernstlich behauptet werden, dass die bestehenden Verhältnisse, worunter eine mehr oder weniger vollständige Ueberbauung des gesamten Gemeindegebiets zu verstehen wäre, eine Abgrenzung des Bau- vom übrigen Gebiet als widersinnig erscheinen liessen. Die Grösse der Landwirtschaftsgebiete im Westen der Stadt entspricht dem Umfang, den viele Landgemeinden, etwa im Oberaargau oder im Aaretal zwischen Thun und Bern aufweisen.
- Diese Gebiete sind eindeutig vom eigentlichen Stadtgebiet abgetrennt.

- Sie sind der Bauklasse I A zugeteilt. Diese ist offensichtlich auf die landwirtschaftlichen Gebiete zugeschnitten. Im eigentlichen Stadtgebiet ist sie nirgends zu finden. Die Bautätigkeit soll mittels restriktiver baulicher Nutzungsvorschriften gering gehalten werden. Deshalb stellen die Gebiete auch keine jederzeit verfügbare Baulandreserve dar. Eine vernünftige städtebauliche Nutzung wäre nur nach erfolgter Zuweisung in eine Zone, welche eine grössere Ausnützung zulässt, möglich.

- Wegen der Funktionen, welche dem übrigen Gemeindegebiet als Erholungsräume und Räume für die Aufrechterhaltung des ökologischen Gleichgewichts zukommen, erschiene eine vollständige Ueberbauung jedoch nicht gerechtfertigt. Sie ginge auf Kosten der umliegenden Gemeinden, welche ihr Gebiet dann noch mehr, als es bereits der Fall ist, den Stadtbewohnern für diese Zwecke zur Verfügung stellen müssten. Allerdings wäre es kaum zweckmässig, das gesamte Gebiet der Bauklasse I A im übrigen Gemeindegebiet zu belassen. Die bestehenden Dorfsiedlungen und die in den letzten Jahren entstandenen Einfamilienhausgebiete könnten ohne weiteres den örtlichen Bedürfnissen entsprechenden Bauzonen zugewiesen werden (83).

Die Stadtbehörden haben dieser rechtlichen Situation bis heute allerdings nicht Rechnung getragen. Zur Zeit wird eine heftige Diskussion geführt. Sie geht von der unrichtigen Annahme aus, die Westgebiete seien noch immer rechtskräftig eingezontes Baugebiet und müssten auf dem Weg der Auszonung dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesen werden (84). Am 6. März 1974 wurde ein neuer Nutzungszonenplan aufgelegt, der die Westgebiete nun als übriges Gemeindegebiet ausweist (85).

3.712 Der Zonenplan der Gemeinde Bremgarten vom 31.7.1962

Auch die Gemeinde Bremgarten teilte ihr ganzes Gemeindegebiet in Bauzonen auf. Art. 33/1 bestimmt, dass der Zonenplan die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet, welches der forstwirtschaftlichen Nutzung vorbehalten bleibt, enthält. Art. 34 spricht vom "Gemeindegebiet", das in Bauzonen, Schutzzonen, Grün- und Freiflächen eingeteilt ist. Im Zonenplan ist das Gemeindegebiet jedoch zusätzlich in drei Bauetappen aufgeteilt. Art. 40 des Baureglements bestimmt hierzu:

> [1]Die im Zonenplan eingetragenen Etappen regeln im Sinne eines Programmes für den zeitlich gestaffelten Ausbau des Strassen, Kanalisations- und Leitungsnetzes die Leistungen der Gemeinde hinsichtlich Erschliessung wie folgt:
>
> [2]In der ersten Etappe erfolgt die Erschliessung des Baugebietes durch die Gemeinde planmässig nach dem allgemeinen Bedürfnis und der finanziellen Tragfähigkeit der Gemeinde gemäss den einschlägigen Gemeindereglementen.

---

83 zur Charakterisierung der "Westgebiete" vgl. auch "der Bund" vom 12.12.1973 S. 13

84 vgl. die Beiträge im "Bund" vom 12.12.1973 S. 13, vom 1.3.1974 S. 3 und 17, vom 22.3.1974

85 "Der Bund" vom 1.3.1974 S. 3

[3] In der zweiten und dritten Etappe erfolgt die Erschliessung durch die Gemeinde in einem späteren Zeitpunkt auf Grund eines vom Gemeinderat und der Gemeindeversammlung zu fassenden Beschlusses.

Auch bei diesem Zonenplan ist zu fragen, ob er mit der neuen Gesetzgebung vereinbar ist. Vorerst ist anzumerken, dass die Gemeinde eine Totafläche von 190 ha aufweist, wovon 1970 60 % landwirtschaftlich genutzt wurden und 11 % mit Wald bestanden sind (86). Der weitaus grössere Teil des Gemeindegebiets ist somit, trotzdem es sich um eine Vorortsgemeinde der Stadt Bern handelt, unüberbaut. Im Gegensatz zum Bauklassenplan der Stadt Bern lässt sich aus den Zoneneinteilungen und den Zonenvorschriften kein eindeutiger planerischer Wille erkennen, bestimmte Gebiete vor Ueberbauung freizuhalten. Die verschiedenen Bauzonen sind über das ganze Gemeindegebiet verstreut, und es sind keine auffallend restriktiven baupolizeilichen Mass- und Immissionsvorschriften festzustellen. Ein klares planerisches Programm drückt sich jedoch bei den Bestimmungen über die Erschliessung der Gebiete der zweiten und dritten Bauetappe aus: Die Gemeindeversammlung soll über die zu erstellenden Erschliessungen entscheiden, wenn die erste Etappe erschlossen ist. Angestrebt wird also eine etappenweise geordnete Ueberbauung des Gemeindegebiets. Die zweite und dritte Etappe sind einer Ueberbauung vorläufig entzogen, bestimmt doch Art. 39/1 des Baureglements:

> Ein Gebäude darf nur erstellt werden, wenn eine genügende Zufahrt besteht (Art. 14), genügend Trink- und Löschwasser vorhanden ist und wenn die Abwasser vorschriftsgemäss abgeleitet werden können.

Es besteht somit in den Bauzonen der zweiten und dritten Etappe ein grundsätzliches Bauverbot, das in seinen Wirkungen den Art. 23 und 24 BauG praktisch gleichkommen kann, nämlich dann, wenn die Grundsätze der Erschliessung von den Baupolizeibehörden konsequent eingenalten werden. Unter diesen Voraussetzungen kann der vom BauG beabsichtigte Zweck der Freihaltung des übrigen Gemeindegebiets vor Ueberbauung wenigstens vorläufig erreicht werden, ohne dass die Gebiete der zweiten und dritten Bauetappe als übriges Gemeindegebiet qualifiziert werden müssen. Der Zonenplan verstösst nicht gerade gegen Art. 14/1/1 Satz BauG, ist jedoch anpassungsbedürftig.

3.713 Der Zonenplan der Gemeinde Saanen vom 29.7.1969

Der Zonenplan der Gemeinde Saanen teilt das gesamte Gemeindegebiet in Bauzone 1 und Bauzone 2 ein. Das Baureglement vom 29.7.1969 bestimmt hierzu:

> Art. 28/1 Die rote Bauzone umfasst das innere, dichter überbaute Gebiet der Dörfer, in welchen sich das geschäftliche und wirtschaftliche Leben der Gemeinde konzentriert.

86 Daten des kant. Planungsamtes

Art. 29/1 Die weisse Bauzone umfasst das übrige, nicht in der Bauzone 1 eingeteilte Gebiet der Gemeinde mit Ausnahme des Waldes.

Das Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 15.8.1973 i.S. Dost entschieden, dass dieser Zonenplan den minimalen Anforderungen des BauG vom 7.6.1970 an einen solchen Plan nicht genügt und deshalb gemäss Art. 113/1 BauG mit dem Inkrafttreten des BauG aufgehoben wurde. Als unvereinbar mit der neuen Planungsgesetzgebung wurde, in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen, der kantonalen Baudirektion und des Regierungsrates, die Aufteilung des ganzen Gemeindegebiets in Bauzonen bezeichnet. Saanen gehört zu den flächenmässig ausgedehntesten Berggemeinden des Kantons. Baugebiet stellt aber einzig das Gebiet der Bauzone 1 dar (87).

3.72 BAURESERVEZONEN, DARGESTELLT AM ZONENPLAN UND BAUREGLEMENT DER GEMEINDE SPIEZ VOM 29.11.1968

Die Gemeinde Spiez schied in ihrem Zonenplan das Baugebiet vom übrigen Gemeindegebiet. Art. 41 des Baureglements bestimmt in seinen Absätzen 1 und 2:

[1]Das Baugebiet wird in folgende Zonen eingeteilt:

Kernzone	K
Historische Zone Schloss	HS
Historische Zone Städtli	HSt
Wohnzonen	W
Wohn- und Gewerbezonen	WG
Industriezone	I
Baureservezonen	R
Freiflächen	F
Grünflächen	G
Grünflächen Wald	GW

[2]Das übrige Gemeindegebiet mit Einschluss des Waldes gehört zur Landwirtschafszone.

Gemäss Zonenplan und Art. 45 BR bestehen ein- bis viergeschossige Wohnzonen W 1 - W 4. Daneben wurden grosse Flächen als Baureservezonen W 1R - W 4R ausgeschieden.

Art. 48 BR bestimmt hierzu:

Baureservezone

[1]Die in dieser Zone eingeteilten Gebiete können erst nach erfolgter Erschliessung überbaut werden. Die Erschliessungskosten gehen zu Lasten der Bauherrschaft.

87 VGE vom 15.8.1973 i.S. Dost. Da die Gemeinde ausserhalb dieser Zone weitere, erschlossene Gebiete besitzt, hat sie diese seither im Einverständnis mit der kant. Baudirektion provisorisch abgegrenzt (oben Ziff. 3.522)

[2]Für Grenzabstände, Gebäudehöhe, Gebäudelänge und Ausnützungsziffer gelten die Vorschriften der entsprechenden Bauzonen

[3]Landwirtschaftliche Bauten sind im Rahmen der Landwirtschaftszonenvorschriften gestattet.

[4]Ueber die Freigabe zur Ueberbauung des erschlossenen Gebietes entscheidet der Gemeinderat.

[5]Als erschlossen gilt ein Baugebiet,

a) das an einer genügend breiten Strasse gemäss Art. 17 liegt;

b) das über genügend einwandfreies Trink-Brauch- und Löschwasser verfügt;

c) dessen Abwasser in eine einwandfreie Kanalisation eingeleitet werden kann, welche in die regionale Kläranlage mündet.

Was die Erschliessung betrifft, sind zwei weitere Reglementsbestimmungen von Bedeutung.

Art. 52/6 lautet:

Für nichtlandwirtschaftliche und nicht bereits bei der Inkrafttretung des Baureglements bestehende Bauten ausserhalb des engeren Baugebiets, namentlich des Einzugsgebiets des generellen Kanalisationsprojekts, darf der Anschluss an eine öffentliche Kanalisation oder andere Werkleitung in der Regel nicht bewilligt werden.

Art. 54 sieht die Möglichkeit der Erschliessungsetappierung vor:

Für die Erschliessung kann, soweit die Ausscheidung in Baugebiet und Landwirtschaftszone nicht genügt, auf Grund bestehender Baulinien- oder Bauzonenpläne ein Etappenplan aufgestellt werden. Der Etappenplan regelt im Sinne eines Programmes den zeitlich gestaffelten Ausbau des Strassennetzes, der Kanalisations- und übrigen Werkleitungen durch die Gemeinde.

Es lässt sich ebensowohl behaupten, die Baureservezonen gehörten zum Baugebiet, wie auch, sie stellten übriges Gemeindegebiet dar. Für die Anerkennung als Baugebiet spricht die systematische Stellung in Art. 42. Die Reservezonen sind in Abs. 1 unter dem Baugebiet aufgeführt. Sie stellen aber eine zweite Bauetappe dar, über deren Freigabe der Gemeinderat nach Massgabe der Absätze 1 und 4 von Art. 48 entscheidet. Es käme auch Art. 52/6 zur Anwendung, wonach ausserhalb des engeren Baugebiets Anschlüsse an die Kanalisation

oder an andere Werkleitungen für nichtlandwirtschaftliche Bauten in der Regel nicht bewilligt werden. Was unter dem "engeren Baugebiet" zu verstehen ist, wird ausser dem Hinweis auf das Einzugsgebiet des GKP nicht definiert, doch ist gewiss, dass die Baureservezonen als 2. Etappe nicht dazugehören. Somit bestünde bis zur Freigabe des Gebiets durch den Gemeinderat ein grundsätzliches Bauverbot, das in seinen Auswirkungen demjenigen des Art. 23 BauG praktisch gleichkäme. Offen bliebe allerdings die Frage, ob ein bauwilliger Grundeigentümer die Ueberbauung seines Grundstücks durchsetzen kann, wenn er im Sinn von Art. 72/2 BauG die für die Baureife erforderlichen Erschliessungsanlagen selber baut und die Kosten hierzu bis zu 15 Jahren zinsfrei vorschiesst.
Ich halte aus verschiedenen Gründen dafür, dass die Baureservezonen zum übrigen Gemeindegebiet gehören.

- Das Argument der systematischen Ordnung ist nicht stichhaltig. Zwar spricht Art. 41/1 vom "Baugebiet", das in verschiedene Zonen eingeteilt wird. In der nachfolgenden Aufzählung finden sich jedoch auch die Grünflächen und der Wald, welche bekanntlich gerade nicht zur Ueberbauung bestimmt sind.

- Das eingezonte Gebiet ist für die zu erwartenden Bedürfnisse der Gemeinde zu gross. Ein von der Gemeinde und dem kantonalen Planungsamt vorgenommener Versuch, diese Behauptung zu belegen, begegnete allerdings erheblichen Schwierigkeiten, da zur Zeit eine Revision der Ortsplanung noch nicht im Gang war, welche die nötigen Daten liefern konnte. Immerhin ergaben sich folgende Anhaltspunkte: Die Bevölkerungsprognose für das Jahr 1985 ergab 12'600 - 13'100, für das Jahr 2000 15'400 - 17'400 Einwohner. Im Jahr 1973 zählte die Gemeinde rund 10'000 Einwohner. Es handelte sich hier um eine Trendprognose, das heisst um eine Voraussage, wie sich die Bevölkerungsbewegung abspielen wird, wenn durch keinerlei Massnahmen darauf Einfluss genommen, die Entwicklung nicht gesteuert wird. Die Prognose basierte auf der seit 1850 bekannten Bevölkerungsentwicklung und darf als zuverlässig gelten. Sie berücksichtigt allerdings die Arbeitsplätze nicht. Schwierig war es, die Aufnahmefähigkeit des Baugebiets zu bestimmen. Nach Berechnungen zum GKP würden bei einem Vollausbau der Bau- und der Baureservezonen Abwasser von 31'000 Bewohnergleichwerten anfallen. Darin ist nun dasjenige der Arbeitsplätze auch enthalten, und ein theoretisch errechenbarer Vollausbau unter Inanspruchnahme der gesamten baurechtlich zulässigen Ausnützung wird in Wirklichkeit nicht erfolgen. Aber ein Vergleich, wenn auch mit diesen Vorbehalten, zwischen der Kapazität der Zonen und der für 1985 zu erwartenden Einwohnerzahl zeigt doch, dass die Bau- und Baureservezonen zusammengenommen für das Planungsziel Z_1 viel zu gross sind.
- Die Auslegung der Bestimmungen über die Baureservezonen hat, soll mit den in Art. 66 BauG festgehaltenen Zielen der Raumplanung ernst gemacht werden, die teleologischen Momente zu würdigen. Zu grosse Bauzonen bewirken einen unnötigen Landverschleiss, indem die Streubauweise innerhalb der Bauzonen gefördert wird, und führen zu unrationellen, kostspieligen und nicht genügend ausgenützten Erschliessungen.

- Die Baureservezonen können als Bauerwartungsgebiete gewertet

werden. Sie würden heute im Rahmen einer Ortsplanung *bloss im Nutzungsrichtplan ausgewiesen* , und zwar als Baugebiete für Z_2. Der geltende Zonenplan von Spiez stellt somit eine Kombination von Richt- und Zonenplan dar.

- Zum Ergebnis, dass die Reservezonen zum übrigen Gemeindegebiet gehören, führt auch die Untersuchung der Bestimmungen über die Erschliessung der Reservegebiete. Art. 48/1 BR überwälzt alle Erschliessungskosten in diesen Gebieten auf die bauwilligen Grundeigentümer. Dieses Prinzip der Ueberwälzung der Erschliessungskosten war die erste und wichtigste Rechtswirkung, welche die Landwirtschaftszone nach Art. 6 BVG nach sich zog (88). Durch dieses Prinzip unterschied sie sich von je her von den Bauzonen, für welche die Gemeinden die Basiserschliessungspflicht trifft.
- Schliesslich sieht Art. 54 BR die Möglichkeit zum Erlass eines Erschliessungsetappenplans innerhalb des Baugebiets vor, wodurch die Ueberbauung zeitlich gestaffelt werden kann. Umso mehr ist es gerechtfertigt, die Reservegebiete zurückzustellen und der baulichen Nutzung erst zuzuführen, wenn die Bauzonen überbaut sind.

3.8 Hinweise zum Planerlassverfahren

Im Kommentar Zaugg findet sich ein Abriss über das Verfahren zum Erlass von Zonen- und Erschliessungsplänen. Es ist in den Art. 41 - 45 BauG und Art. 120 BauV geregelt. Ich beschränke mich an dieser Stelle auf einige Hinweise.
Die Verfahren für den Erlass von Zonenplänen und von Ueberbauungsplänen - in deren Form die Erschliessungspläne gekleidet werden - laufen nicht genau gleich ab. Zonenpläne werden, wie bereits in Ziff. D.4.15 erwähnt, nach den Vorschriften für den Erlass von Gemeindereglementen aufgestellt. Für die Ueberbauungspläne enthalten die Art. 42 und 43 BauG sowie die Art. 122 - 126, 133 - 135 BauV eine eigene Verfahrensordnung, wobei die Vorschriften über den Erlass von Gemeindereglementen gemäss Art. 42/3 BauG subsidiär gelten. Zwei wichtige Vorschriften gelten aber sowohl für die Zonen- wie für die Ueberbauungspläne. Sie umschreiben die Einwirkungsmöglichkeiten der kantonalen Behörden auf die Realisierungsphase der Ortsplanung.
Art. 120 BauV schreibt für Zonen- und Ueberbauungspläne die Vorprüfung durch die kantonale Baudirektion vor. Sie ist vor der Beschlussfassung des zuständigen Gemeindeorgans über den Plan abzuwickeln und bezweckt, die Gemeindebehörden frühzeitig auf Mängel in den Plänen hinzuweisen, die einer Genehmigung entgegenstehen (89). Art. 44 BauG statuiert die kantonale Genehmigungspflicht für Zonen- und Ueberbauungspläne. Zuständig für die Genehmigung ist die kantonale Baudirektion. Die Genehmigungspflicht ist Ausfluss der staatlichen Oberaufsicht im Baupolizei- und im Planungswesen (90). Die

---

88 hinten Ziff. H.2
89 Zaugg N 6 zu Art. 42 BauG
90 Art. 59/3 und 68/4 BauG, Zaugg N 1 zu Art. 44 BauG, Suter S. 148

Genehmigung hat konstitutive Wirkung, die Pläne werden also frühestens mit der Erteilung der Genehmigung rechtskräftig (91). Sie heilt jedoch allfällige rechtliche Mängel der Pläne nicht. Sie bezweckt eine vorläufige Prüfung auf offensichtliche Rechtswidrigkeiten, Unzweckmässigkeiten und Ermessensmissbräuche (92). Damit ist der Rahmen der Ueberprüfungspflicht abgesteckt. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Pläne "den Gesetzesvorschriften entsprechen, im öffentlichen Interesse liegen und zweckmässig sind" (Art. 44/1 BauG). Die Pläne entsprechen den Gesetzesvorschriften, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und dem Recht höherer Stufe nicht widersprechen (93). Diese Voraussetzungen wären beispielsweise bei einem Zonenplan nicht erfüllt, der das gesamte Gemeindegebiet in Bauzonen einteilt, es sei denn, die Gemeinde könnte den Nachweis erbringen, dass ein Vollausbau des Gemeindegebiets in der Planungszeit Z_1 möglich und erwünscht ist. Zu den Fragen der Zweckmässigkeit und des öffentlichen Interesses gehören dagegen diejenigen der üblichen Dimensionierung der Baugebiete und die Grenzziehung zum übrigen Gemeindegebiet. Wenn die Grösse des auszuscheidenden Baugebiets feststeht, stehen meist verschiedene Möglichkeiten über die räumliche Verteilung und Anlage der Bauzonen zur Verfügung. Die Genehmigungsbehörde kann nun nicht ihr Ermessen und ihre Zweckmässigkeitsvorstellungen an die Stelle der Gemeinde setzen. Die Verwaltungspraxis hat den Satz geprägt, dass es den Gemeinden zukommt, unter verschiedenen möglichen und zweckmässigen Lösungen diejenige zu wählen, die ihr gut scheint. Die Genehmigungsinstanz übt hier Zurückhaltung (94). Sie hat dagegen einzugreifen, wenn durch die Baugebietsabgrenzung überörtliche oder sonstwie schwerwiegende öffentliche Interessen betroffen werden, z.B. solche des Landschafts- oder Ortsbildschutzes, oder wenn die Baugebietsabgrenzung willkürlich ist oder erheblich gegen Leitbilder und Richtpläne des Kantons oder des Regionalplanungsverbands verstösst. Hierzu nannten wir in Ziff. 3.32 oben zwei Beispiele. Diese Praxis mag geeignet sein, auf Kritik zu stossen, doch ist zu bedenken, dass einer der Leitsätze beim Erlass des Baugesetzes war, den Gemeinden breiten Spielraum in der Ortsplanung einzuräumen (95). Sie gehört zu ihrem übertragenen Wirkungskreis (96). Das Baugesetz lässt den Gemeinden relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit in der Ausgestaltung der Ortsplanung. In diesem Sinn geniessen sie, im Rahmen der übergeordneten kantonalen Bestimmungen, Autonomie. Dieser Autonomiebegriff entspricht der bundesgerichtlichen Umschreibung (97). Schliesslich ist zu erwähnen, dass die kantonalen Behörden gar nicht in der Lage sind, über eine Grobprüfung hinauszugehen. Für detaillierte Zweckmässigkeitsprüfungen fehlen die organisatorischen und personellen Voraussetzungen.

91 Art. 45/1 BauG, Zaugg, Suter a.a.O.

92 Zaugg, Suter a.a.O., Max Hofstetter, Rechtsinstitute der Orts- und Regionalplanung, ZBl 65 (1964) S. 318

93 Zaugg N 2 zu Art. 44 BauG

94 Zaugg, a.a.O. N 4 Suter S. 148 f., Hans Siegenthaler, Rechtsfragen des Hochhausbaues im Kanton Bern, ZBl 64 (1963) S. 5

95 Botschaft BauG S. 4 Ziff. II., Zaugg N 4 der Einleitung, N 1, 2 der Vorbemerkungen zu Art. 13 - 40 BauG

96 Zaugg N 4 der Vorbemerkungen zu Art. 1 - 12 BauG, Suter S. 148, Siegenthaler ZBl 64 (1963) S. 5

97 Marginale zu Art. 13 BauG, Zaugg N 2 der Vorbemerkungen zu Art. 13 - 40 BauG mit Verweisen auf die Bundesgerichtspraxis

Der Beschluss der Baudirektion lautet auf Genehmigung oder Nichtgenehmigung des Plans. Möglich ist auch eine Teilgenehmigung (98). Dies kann besonders bei Zonenplänen, die das ganze Gemeindegebiet umfassen, vorkommen. Es wäre unverhältnismässig, solchen Plänen generell die Genehmigung zu versagen, weil einzelne Zonen als rechtswidrig oder unzweckmässig angesehen werden. Die Baudirektion kann ferner gemäss Art. 44/2 BauG nach Anhören des Gemeinderats gesetzwidrige oder unzweckmässige Vorschriften ändern, beispielsweise einzelne Parzellen, deren Nichteinzonung willkürlich erscheint, einer Bauzone zuweisen (99). Allerdings gilt dies vornehmlich für kleinere Korrekturen und Präzisierungen. Sind an Stelle einer rechtswidrigen oder unzweckmässigen Regelung mehrere recht- bzw. zweckmässige Lösungen möglich, wird sie eine Nichtgenehmigung aussprechen und die Wahl dem zuständigen Gemeindeorgan überlassen (100). So dürfte sie in einem Zonenplan, der das ganze Gemeindegebiet einzont, nicht selber eine Baugebietsausscheidung vornehmen, ebensowenig ein offensichtlich überdimensioniertes Baugebiet massiv verkleinern.

4. DIE ABGRENZUNG DES BAUGEBIETS VOM UEBRIGEN GEMEINDEGEBIET IN ANDEREN KANTONALEN BAU- UND PLANUNGSGESETZEN

Werfen wir nun noch einen Blick auf andere neue kantonale Bau- und Planungsgesetze. Sie sehen alle die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet vor. Die zur Verfügung gestellten Mittel sind die gleichen, wie wir sie in den Ziffern 3.3 - 3.6 beschrieben haben.

4.1 Graubünden

Das Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden vom 12.3.1973 hat weitgehend die Regelung des bernischen Rechts übernommen. Wir finden darin die Pflicht zur Ortsplanung sowie die Möglichkeit der vorläufigen Befreiung, die Abgrenzung des Baugebiets im Zonenplan oder durch die Erschliessungsplanung sowie eine Uebergangsregelung bis zum Abschluss der Ortsplanung. Was letzteres betrifft, fehlt allerdings die Kompetenz einer kantonalen Behörde, im Zweifelsfall über die Abgrenzung des erschlossenen Baulands zu entscheiden. Dafür geht die Kompetenz zur Ersatzvornahme durch die Kantonsregierung beim Fehlen hinreichender Bauvorschriften in einer Gemeinde bedeutend weiter als im bernischen Recht. Die entsprechenden Bestimmungen, Art. 18 - 21 des Raumplanungsgesetzes, lauten:

	Art. 18
Planungsmittel	Die Gemeinden ordnen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen die Nutzung des Gemeindegebiets mindestens durch:

98 Suter S. 149

99 Beschluss der Baudirektion vom 28.3.1973 i.S. Aenderung des Zonenplans von Studen bei Biel

100 Zaugg N 5 zu Art. 44 BauG, Suter S. 149

a) das Baugesetz und den Zonenplan;
b) den Erschliessungsplan;
c) den Gestaltungsplan;
d) den Finanzierungsplan.

Art. 19

Erlass von Gemeindevorschriften
a) Grundsatz

Die Gemeinden haben ein Baugesetz zu erlassen, wenigstens das Baugebiet auszuscheiden und es nach Art und Mass der baulichen Nutzung in Zonen einzuteilen.
Das Baugebiet wird ausgeschieden:

a) in der Regel im Zonenplan;
b) durch die Erschliessungspläne, solange die Gemeinde keinen Zonenplan besitzt; in diesem Falle gilt das von der Gemeinde erschlossene und das in den Erschliessungsplänen unmittelbar zur Erschliessung vorgesehene Land als Baugebiet.

Art. 20

b) Ersatzmassnahmen

Genügen die Vorschriften einer Gemeinde der baulichen Entwicklung offensichtlich nicht oder erfordern es die im Gesetz vorgesehenen regionalen oder kantonalen Pläne, so kann die Regierung die Gemeinde dazu verhalten, innert angemessener Frist zweckmässige, ihren Verhältnissen entsprechende Bestimmungen aufzustellen.
Kommt die Gemeinde dieser Aufforderung nicht nach, so kann die Regierung an ihrer Stelle ein geeignetes Baugesetz mit Zonenplan solange anwendbar erklären, bis die Gemeinde die erforderlichen Bauvorschriften erlässt.

Art. 21

c) vorläufige Befreiung Ersatzordnung

Die Regierung kann ländliche Gemeinden mit geringer Bauentwicklung von der Pflicht, Bauvorschriften zu erlassen, einstweilen befreien. Sie lässt die Verhältnisse spätestens nach fünf Jahren neu überprüfen. In diesen Gemeinden findet eine von der Regierung erlassene Normalbauordnung Anwendung. Bis zur Bezeichnung des Baugebietes gilt als solches das in der Gemeinde erschlossene Bauland.

Art. 30 sieht ferner die Möglichkeit vor, Landwirtschaftszonen zu bezeichnen. Dabei sind "nach Möglichkeit grössere zusammenhängende Gebiete und für die landwirtschaftliche Nutzung geeignete Flächen auszuscheiden. Die Landwirtschaftszonen können nach Eignung und Zweck unterteilt werden." Ebenso können Forstwirtschaftszonen geschaffen werden. Sie "umfassen den bestehenden Wald und grössere Flächen, die für die Aufforstung bestimmt sind". Die Forstgesetzgebung bleibt vorbehalten.

4.2 St. Gallen

Das Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht des Kantons Sankt Gallen vom 6.7.1972 enthält die Verpflichtungen zur Ortsplanung und zur Baugebietsabgrenzung. Art. 7 lautet:

> Die politische Gemeinde ist verpflichtet, ein Baureglement mit dazugehörendem Zonenplan zu erlassen.

Die Frist hierzu beträgt gem. Art. 140 drei Jahre. Das Gesetz kennt weder den Ersatz von Zonenplanung durch die Erschliessungsplanung noch die Möglichkeit zum Dispens von der Durchführung einer Ortsplanung. Ebensowenig findet sich eine Uebergangsregelung für die Abgrenzung des Baugebiets bis zum Inkrafttreten der neuen oder revidierten Ortsplanung. Hierfür bestand offenbar kein Bedürfnis. Beim Inkrafttreten des neuen BauG verfügten von den 90 Gemeinden des Kantons deren 34 über keinen Zonenplan und nur deren fünf über kein Baureglement (101).
Gemäss Art. 10 lit. k BauG können im Zonenplan Landwirtschaftszonen ausgeschieden werden. Art. 20/1 enthält dazu einen Katalog von Ausscheidungskriterien:

> Als Landwirtschaftszonen können im Interesse der Erhaltung der Landwirtschaft Gebiete ausgeschieden werden, die sich für die landwirtschaftliche Nutzung eignen, insbesondere solche, in denen Güterzusammenlegungen oder Bodenverbesserungen durchgeführt worden sind oder bevorstehen. Ihnen kann auch Land zugewiesen werden, das im Gesamtinteresse landwirtschaftlich genutzt werden soll.

Diese Umschreibung lehnt sich offensichtlich an Art. 12 RPG an, dessen Entwurf bei der Schaffung des Baugesetzes vorlag. Die Landwirtschaftszonen unterscheiden sich vom übrigen Gemeindegebiet durch die Nutzungsvorschriften. Wir werden ihnen später begegnen (102). Das übrige Gemeindegebiet umfasst laut Art. 21 das ganze Gebiet, welches nicht in eine der in Art. 10 abschliessend (103) aufgezählten Zone einbezogen ist.

4.3 Aargau

§ 116 des Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2.2.1971 bestimmt den Zweck der Raumplanung:

---

101 Botsch. des Regierungsrates zum Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht vom 22.9.1970 S. 14f.
102 hinten Ziff. F.3.3
103 Botsch. a.a.O. S. 49 unten zu Art. 12

> [1]Die Planung nach diesem Gesetz ordnet die Bodennutzung, indem sie die Baugebiete vom Kulturland trennt und die Nutzung im Hinblick auf siedlungspolitische Ziele umschreibt.
>
> [2]Bei der Planung ist auf die Erhaltung zusammenhängender und leistungsfähiger landwirtschaftlicher Nutzflächen Rücksicht zu nehmen.

§ 128 enthält die Planungspflicht der Gemeinden. Absatz 1 ordnet an:

> Der Zonenplan unterteilt den Gemeindebann in Baugebiete einerseits, Land- und Forstwirtschaftsgebiete anderseits. Er gliedert die Baugebiete in Zonen unterschiedlicher Nutzungsart und -stärke.

Diese Ordnung unterscheidet sich, was die Möglichkeiten zur Baugebietsabgrenzung betrifft, gleich wie die sankt-gallische von denjenigen der Kantone Bern und Graubünden.

5. AUSWIRKUNGEN DES EIDGENOESSISCHEN GEWAESSERSCHUTZGESETZES AUF DIE ABGRENZUNG DES BAUGEBIETS VOM UEBRIGEN GEBIET

Das Gewässerschutzgesetz enthält Bestimmungen, die sich einschneidend auf die Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet auswirken. Dies setzt voraus, dass das Gesetz auch Abgrenzungsregeln enthält, nach denen sich Baugebiet und übriges Gebiet bestimmen lassen. Grundlegend ist die Bestimmung des Umfangs des GKP. Hierzu enthält Art. 17/1/2. Satz GSchG eine Anweisung:

> Der Bau der öffentlichen Kanalisationen hat gestützt auf generelle Projekte zu erfolgen, deren Ausdehnung und technische Ausgestaltung der zu erwartenden baulichen Entwicklung in angemessener Weise Rechnung tragen.

In Art. 15 AGSchV ist diese Anweisung präziser gefasst:

> Für den Umfang des generellen Kanalisationsprojektes (GKP) ist das im Zonenplan ausgeschiedene Baugebiet massgebend. Sofern keine Zonenplanung besteht, ist das GKP für das überbaute und für das innert höchstens 15 Jahren zur Erschliessung vorgesehene Baugebiet anzulegen. Dabei darf höchstens eine Verdoppelung der vorhandenen Bevölkerungszahl und eine den örtlichen Verhältnissen angemessene Entwicklung von Industrie, Gewerbe und Fremdenverkehr berücksichtigt werden.

Art. 28 AGSchV handelt primär von der Beurteilung der Gewässerschutzgesuche in Gemeinden, welche weder über Bauzonen noch über ein GKP verfügen. Gleichzeitig enthält er jedoch eine Bestimmung über die Abgrenzung des Baugebiets. Er lautet:

> In Gemeinden, die weder über Bauzonen noch über ein GKP verfügen, dürfen Baubewilligungen nach Art. 19 des

Gesetzes nur innerhalb des engeren Baugebiets, welches das erschlossene und vor der Erschliessung stehende Land umfasst, erteilt werden.

Unter welchen Voraussetzungen Land erschlossen ist, haben wir bei der Erläuterung der Art. 14/1/b und 15/3 BauG gesehen (104). Damit Land "vor der Erschliessung steht", sind folgende Voraussetzungen nötig:

- Die Gemeinde muss präzise Vorstellungen über die Erschliessung haben. Diese können praktisch nur in einem Erschliessungsplan festgehalten werden, der gleichzeitig auch die Erstellung der Anlagen rechtlich sichert. Dies fordert nach bernischem Recht einen Ueberbauungsplan gemäss Art. 14/1/b und 31ff. BauG oder einen Detailerschliessungsplan nach Art. 73ff. BauG. Soweit darin Kanalisationen enthalten sind, müssen diese auf das zu erarbeitende GKP ausgerichtet werden.
- Soweit es um die Erstellung der Basiskanalisation geht, genügt ein Erschliessungsplan nicht. Die Gemeinde kann die Leitung erst bauen, wenn das zuständige Gemeindeorgan die erforderlichen Kredite gesprochen hat (105). Erstellung und Kosten der Detailerschliessung fallen - jedenfalls nach bernischem Recht - von Gesetzes wegen den Grundeigentümern zu.

Es wird somit deutlich, dass bei der Bestimmung des GKP-Perimeters von Bundesrechts wegen nicht nur rein gewässerschutztechnische, sondern auch raumplanerische Kriterien zu beachten sind (106). Damit die vom Bund vorgeschriebene Regelung praktikabel wird, bedarf es im kantonalen Einführungsrecht einer Anpassung an das Bau- und Planungsrecht, sonst ist die vom Gewässerschutz verlangte Koordination mit der Raumplanung nicht gewährleistet.
Der Kanton Bern hat in dieser Richtung eine konsequente Lösung gewählt, indem er in der Kantonalen Gewässerschutzverordnung (KGV) für die Bemessung des GKP die Regeln über die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet nach BauG anwendbar erklärt. Art. 21 KGV lautet (VEWD - Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft):

> [1] Als durch das generelle Kanalisationsprojekt abgegrenztes Gebiet (GKP-Perimeter) gelten von Gesetzes wegen
>
> a) die in kommunalen Zonen- oder Ueberbauungsplänen rechtskräftig ausgeschiedenen Bau- und Ferienhauszonen, soweit nicht Absatz 2 hiernach Anwendung findet;
>
> b) die von der kantonalen Baudirektion nach Artikel 15 Absatz 3 des Baugesetzes und Artikel 114 Absatz 2 der Bauverordnung provisorisch abgegrenzten Bau- und Ferienhauszonen und die im Einzelfall gemäss Artikel 15 des Baugesetzes von der Baudirektion bezeichneten Baugebiete.

---

104 vorn Ziff. E.3.52
105 in diesem Sinn Art. 81 KGV
106 Botsch. GSchG S. 451 Bendel, Gewässerschutz S. 242

[2] In Gemeinden, die auf Grund des vor dem 1. Januar 1971 gültigen Rechts ein überdimensioniertes Baugebiet ausgeschieden haben, gilt als GKP-Perimeter nur das Gebiet, das nach dem Erschliessungs-Etappenplan der Gemeinde (Art. 71 Abs. 2 des Baugesetzes, Art. 118 Abs. 2 der Bauverordnung) in den nächsten 15 Jahren erschlossen werden soll; fehlt der Etappenplan, so kann er von der Baudirektion im Einvernehmen mit der VEWD nach Anhören der Gemeinde provisorisch festgelegt werden.

[3] In den übrigen Fällen bestimmt die VEWD nach Anhörung der Gemeinde im Einvernehmen mit der Baudirektion den GKP-Perimeter nach neuem Recht.

Diese Bestimmung ruft einigen Bemerkungen.
In Absatz 1 wird der Umfang sämtlicher GKP auf die bestehenden Baugebiete beschränkt. Es handelt sich um eine unmittelbare gesetzliche Rechtsfolge. Sie bedarf keines zusätzlichen Erlasses oder Verwaltungsaktes der kantonalen oder kummunalen Behörden mehr. Der Begriff "von Gesetzes wegen" ist im materiellen Sinn zu verstehen, denn die KGV ist eine Verordnung des Regierungsrates mit gesetzvertretender Wirkung (107). Die Regel gilt für alle beim Inkrafttreten der Verordnung bestehenden GKP. Teile eines bestehenden GKP, welche Gebiete umfassen, die nach der Baugesetzgebung übriges Gemeindegebiet darstellen, sind hinfällig geworden, d.h. sie sollen nicht mehr ausgeführt werden. Denn die Erschliessung eines Gebietes, das nicht Baugebiet darstellt, ist sinnlos, weil die Baumöglichkeiten weitgehend eingeschränkt sind. Nachdem die GKP-Perimeter von Gesetzes wegen auf die Baugebiete beschränkt worden sind, richtet sich die Erteilung von Gewässerschutzbewilligungen ausserhalb der neuen Perimeter nach dem Art. 20 GSchG. Diese Regelung findet im Art. 19 GSchG ihre bundesrechtliche Grundlage. Satz 1 dieses Artikels lautet:

> Bewilligungen für den Neu- und Umbau von Bauten und Anlagen aller Art innerhalb der Bauzonen, oder, wo solche fehlen, innerhalb des im GKP abgegrenzten Gebiets, dürfen nur erteilt werden, wenn der Anschluss der Abwässer an die Kanalisation gewährleistet ist.

Die Bestimmung ist eindeutig: die Gewässerschutzbewilligungen knüpfen *in erster Linie* an die Baugebiete an, und erst *subsidiär* wenn solche fehlen, an das GKP, welches nur in diesen Fällen zur Abgrenzung von Bau- und Nichtbaugebiet dient. (107a)
Umfasst das GKP umgekehrt nicht das gesamte Baugebiet, so ist es entsprechend auszudehnen, es sei denn, im Rahmen einer Ortsplanungsrevision würden diese Gebiete ausgezont. Damit sind wir bei einem entscheidenden Punkt angelangt: die Abwasserplanung muss eng mit der Nutzungsplanung zusammenarbeiten und von dieser die erforderlichen Grundlagen erhalten, damit die von der Gesetzgebung gewollte Uebereinstimmung von Zonenplan und GKP gelingt. Zu den Bestimmungen in Absatz 2 werden wir uns in Ziff. 7.22 unten äussern.

---

107 hinten Ziff. M.1 — 107a in diesem Sinn nun BGE 101 I b 64.

Nicht sehr klar sind die Bedeutung und der Anwendungsbereich von Absatz 3. Er bezieht sich offenbar auf Fälle, in denen auf eine provisorische Baugebietsabgrenzung verzichtet wurde (108), aber gleichwohl ein GKP erstellt wird.
Durch eine solche Abstimmung der Erschliessungsvorkehren im Bereich der Abwasserreinigung auf die Ortsplanung wird verhindert, dass nicht eingezonte und nicht sanierungsbedürftige Gebiete abwassertechnisch erschlossen werden und dadurch deren Einzonung präjudizieren. Die KGV kennt zu diesem Zweck noch eine weitere wichtige Bestimmung, nämlich den Art. 25, der lautet:

> Die Zuleitungen der Gemeinden und Gemeindeverbände zu den Abwasserreinigungsanlagen gelten nicht als Erschliessungsleitungen.

Damit soll verhindert werden, dass entlang solcher Leitungen unerwünschte Siedlungsbänder (Kanalisationsdörfer) entstehen.

6. DIE ABGRENZUNG DES BAUGEBIETS VOM UEBRIGEN GEMEINDEGEBIET NACH DEM BUNDESBESCHLUSS UEBER DRINGLICHE MASSNAHMEN AUF DEM GEBIET DER RAUMPLANUNG VOM 17.3.1972

Art. 2 Absatz 2 BB dr RP sieht vor, dass die Kantone "das engere Baugebiet, welches das erschlossene und vor der Erschliessung stehende Land umfasst, als Bauzonen nach Art. 19 des Gewässerschutzgesetzes bezeichnen können." Die Bestimmung übernimmt die bereits in Art. 28 AGSchV enthaltene Abgrenzungsregel für die Bezeichnung des Baugebiets in Gemeinden ohne Bauzonen oder GKP. Der Anwendungsbereich ist jedoch weitergezogen. Die Kantone können dieses Vorgehen für sämtliche Gemeinden, die noch keinen Zonenplan besitzen, vorschreiben, unabhängig vom Vorhandensein eines GKP. Massgebend ist einzig der Erschliessungsrad der Bodenflächen. Der Bund hat somit den Kantonen die Möglichkeit verschafft, ohne Aenderung ihrer Bau- und Planungsgesetze das System der provisorischen Baugebietsabgrenzung, wie sie die Kantone Bern und Graubünden kennen, zu übernehmen. Die Kantone müssen aber dafür sorgen, dass bis zum Ablauf des Bundesbeschlusses die fehlende gesetzliche Grundlage für dieses Vorgehen geschaffen wird, sonst fallen die auf der Grundlage des Bundesbeschlusses getroffenen Massnahmen dahin und die frühere Ordnung lebt wieder auf, es sei denn, die Voraussetzung des Art. 28 AGSchV, das Fehlen eines GKP, bliebe bestehen. Nach Art. 71 RPG werden ferner die Kantonsregierungen die provisorischen Massnahmen verlängern können. Weiter ist zu bemerken, dass in Kantonen, die in ihren Bau- und Planungsgesetzen noch keine wirkungsvollen Baubeschränkungen für das übrige Gemeindegebiet kennen, provisorische Baugebietsabgrenzungen nur zusammen mit den Bestimmungen des GSchG für die Erteilung von Gewässerschutzbewilligungen in diesem Gebiet oder mit der Bezeichnung des übrigen Gemeindegebiets als Schutzgebiet im Sinn von Art. 1 BB dr RP eine wirkungsvolle Einschränkung der Bautätigkeit ausserhalb des Baugebiets ermöglichen.
Dieses Zusammenwirken von eidgenössichem Gewässerschutz- und Raumplanungsrecht und kantonalem Baurecht sei an einem Beispiel gezeigt: wenn das kantonale Recht die Erstellung nichtlandwirtschaftlicher Bauten im übrigen Gemeindegebiet nur von der Uebernahme sämtlicher

108 vorn Ziff. E.3.6

Erschliessungskosten durch den Bauherrn abhängig macht, können solche Bauvorhaben auch beim Vorhandensein von provisorischen Baugebietsabgrenzungen nur über den Art. 20 GSchG oder durch Bezeichnung des übrigen Gemeindegebiets als provisorisches Schutzgebiet verboten werden.

7. DIE REDUKTION ZU GROSSER BAUZONEN

Im Gegensatz zu den Gemeinden, die noch keine rechtsgültige Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet besitzen, stehen diejenigen, welche in ihren Zonenplänen zu viel Baugebiet bezeichnet haben. Die Behauptung, es sei in der Schweiz " erfahrungsgemäss viel zu viel Land dem Baugebiet zugeteilt" (109) ist sicher berechtigt, doch ist unumgänglich, sie im einzelnen zu belegen. Das ist dort besonders schwierig, wo weder eine Ortsplanungsrevision noch eine Regionalplanung im Gang ist, denn nur sie vermögen die erforderlichen Grundlagen - Bestandesaufnahme, Entwicklungsprognose, Formulierung der Planungsziele -, zu liefern. Wir sahen dies bereits am Beispiel des Zonenplans der Gemeinde Spiez (110). Der Kanton Solothurn hat diese Arbeit bereits geleistet. Dem "Leitbild Kanton Solothurn" entnehmen wir folgende Zahlen (111):

Fassungsvermögen der Bauzonen

	Z_0 1967	Z_1 ca. 1987	Z_2 CH 10 Mio.
Bauzone E	600'000	600'000	600'000
Prognose E	223'800	265'000	430'000
Bauzone A	240'000	240'000	240'000
Prognose A	109'500	125'500	202'000

E = Einwohner A = Arbeitsplätze

Das heutige Baugebiet könnte bereits das Dreifache der heutigen Bevölkerung aufnehmen. Zum Baugebiet wurden zwar nicht nur die rechtsgültigen Bauzonen von rund 7330 ha, sondern auch 638 ha nicht eingezonte, aber effektiv überbaute Bodenflächen und 2530 ha projektierte Bauzonen gerechnet (112). Dies ändert jedoch wenig daran, dass gemessen an der zu erwartenden Bevölkerungszunahme für die Planungszeit Z_1 viel zu grosse Baugebiete bestehen bzw. vor der Einzonung stehen. Die Frage ist bei diesen Verhältnissen nicht unberechtigt, ob der Raumplanung überhaupt noch ein nennenswerter Spielraum zu aktivem Gestalten der Umwelt bleibt, oder ob sie nicht bloss die gröbsten Fehler der Vergangenheit notdürftig reparieren kann. Ihre Beantwortung hängt wesentlich von der Beweglichkeit und Kraft unserer demokratischen Institutionen ab, welche die raumplanerisch massgebenden Entscheide zu fällen haben.
Aus dieser Sicht ist das Problem der Reduktion zu grosser Zonenpläne von erheblicher Bedeutung, und zwar bezüglich der Auswirkungen auf das Baugebiet wie auf das übrige Gemeindegebiet. Durch Zonenplanreduktionen können wertvolle landwirtschaftliche Produktionsflächen

109 Botsch. RPG S. 8
110 vorn Ziff. E.3.62
111 Bericht I, herausgegeben vom Baudepartement im Juli 1971, Spalte 246
112 ebenda Spalten 69ff.

oder landschaftlich schützenswerte Gebiete vor Ueberbauung freigehalten, die Streubauweise eingedämmt, die Erschliessungskosten gesenkt werden, mit anderen Worten, es kann ein Beitrag zur Realisierung der Zielsetzungen geleistet werden, welche mit der Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet angestrebt werden.

7.1 Die Verkleinerung des Baugebiets durch "Auszonung"

7.11 ZUM BEGRIFF DER AUSZONUNG

Bei der Prüfung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Land, das in Bauzonen einbezogen ist, "ausgezont", also dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesen werden kann, müssen wir von einer oft vernachlässigten Ueberlegung ausgehen, die jedoch zum Verständnis dafür beiträgt, weshalb Verkleinerungen von Bauzonen auf grosse, oft unüberwindliche Widerstände stossen und weshalb auf die Erwähnung von "Auszonungen" fast reflexartig die Frage "wer soll das bezahlen", also die Frage nach der materiellen Enteignung, auftaucht.
Lange Zeit war das Bauen im ganzen Gemeindegebiet zulässig. Die Baufreiheit, als Bestandteil der Eigentumsfreiheit (113) wurde bloss durch wenige Polizeivorschriften eingeschränkt. In einer ersten Planungsphase, die mehr oder weniger regelmässig in der ganzen Schweiz in den Jahren nach 1950 einsetzte (114), teilweise jedoch schon früher begonnen hatte, wurde durch den Erlass von Zonenplänen und Zonenvorschriften differenzierte bauliche Nutzungen des Gemeindegebiets angestrebt, etwa die Trennung der Wohnbauten von Industrie- und Gewerbebetrieben. Der ständig steigende Wohlstand, der die Motorisierung und hohe Anforderungen an den Wohnkomfort und die Wohnhygiene mit sich brachte, bewirkte des weitern, dass den Erfordernissen der Erschliessung mittels Strassen, Energie, Wasser- und Abwasserleitungen immer grössere Beachtung geschenkt werden musste. Das führte dazu, dass Landwirtschaftszonen geschaffen wurden, in denen das Bauen erschwert wurde: die Grundeigentümer mussten ihre Grundstücke auf eigene Kosten nach den Weisungen der Gemeinden erschliessen. In der gegenwärtigen zweiten Phase der Raumplanung wird das Bauen ausserhalb der Bauzonen weiter eingeschränkt. Gewisse Kategorien von Bauten dürfen nicht mehr erstellt werden. Diesem Prozess trägt unser Begriffsgefüge keine Rechnung. Es geht gerade vom Gegenteil aus. Dem Begriff "Einzonung" liegt die Vorstellung zugrunde, das Bauen sei grundsätzlich im ganzen Gemeindegebiet verboten, mit Ausnahme der ausdrücklich bezeichneten Baugebiete, und durch Einzonungen werde dieses Baugebiet von einem gegebenen Kern her ausgedehnt. Der Begriff "Auszonung" lässt meinen, ein auf diese Weise gewachsenes Baugebiet werde nachträglich wieder verkleinert.
Auszonung bedeutet aber, dass der Raum, der in einem früheren Zonenplan als überbaubar bezeichnet ist, um ein weiteres Stück verkleinert wird. Diesen Vorgang drückt der Begriff "Revision des Zonenplans" genauer aus. Gleiches gilt für die Begriffe "Einzonung" und "Bezeichnung des Baugebiets". Bei diesem Vorgang wird ein ursprünglich

---

113 zum Begriff der Baufreiheit Gygi, Expropriation, S. 100ff., und die Arbeit von Estermann

114 Estermann S. 17, 143f.

verkleinertes überbaubares Gebiet wieder ausgedehnt. Ein gefestigter Sprachgebrauch besteht jedoch nicht. Die Begriffe "Einzonung" und "Auszonung" sind sogar gebräuchlicher.

7.12 DIE RECHTLICHEN VORAUSSETZUNGEN FUER DIE VERKLEINERUNG DES RECHTSVERBINDLICH FESTGELEGTEN BAUGEBIETS

Die Verkleinerung von Bauzonen erfolgt durch Abänderungen der Zonenpläne. Es gelten die gleichen Voraussetzungen wie für den Erlass eines solchen. Sie muss in rechtmässiger Form erfolgen und, jedenfalls nach den neueren kantonalen Bau- und Planungsgesetzen, im öffentlichen Interesse liegen und zweckmässig sein (115). Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so kann die Genehmigung durch den Kanton nicht erteilt werden.
Das Bundesgericht hat sich in einem neuen Urteil, publiziert in BGE 98 I 374ff., eingehend zu diesen Voraussetzungen geäussert. Es ging um folgenden Sachverhalt:
Im Jahr 1970 beschloss die Gemeinde Wald/ZH eine Revision der aus dem Jahre 1956 stammenden Bauordnung mit Zonenplan, in welchem das Baugebiet um rund 50 ha verkleinert wurde. Zwei Grundeigentümer erhoben gegen die Zuweisung ihrer nach dem alten Zonenplan in einer Wohnzone gelegenen Grundstücke ins übrige Gemeindegebiet staatsrechtliche Beschwerde. Die Grundstücke liegen in der Nähe des Dorfes, jedoch in einer für sich abgeschlossenen, teils von Wald, teils von steilen Abhängen begrenzten Geländekammer, die rein landwirtschaftlichen Charakter aufweist und von einer 3,5 m breiten Strasse erschlossen wird. Die öffentliche Wasserversorgung und Kanalisation fehlen. Das Bundesgericht wies die Beschwerden ab.
Seiner Praxis folgend untersuchte das Bundesgericht die Planungsmassnahme auf ihre Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie. Sie stellt eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung dar. Eine solche ist nach der bekannten Formel des Gerichts nur zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, und, sofern sie enteignungsähnlich wirkt, gegen Entschädigung erfolgt. Was die letztgenannte Voraussetzung betrifft, sei auf den sechsten Teil dieser Arbeit verwiesen.

7.121 Die gesetzliche Grundlage

Sie besteht zum ersten darin, dass das massgebende Bau- und Planungsrecht das Institut des Zonenplans kennt. Zum zweiten muss der jeweilige Inhalt eines Zonenplans durch eine gesetzliche Grundlage gedeckt sein. Wenn beispielweise ein kantonales Baugesetz eine abschliessende Aufzählung der möglichen Zonen enthält, wie das im sankt-gallischen Recht der Fall ist (116), so können in einem kommunalen Zonenplan keine weiteren Zonentypen geschaffen werden.
Da im Fall der Gemeinde Wald das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage nicht streitig war, müssen wir auf ein anderes Urteil greifen, das dieses Erfordernis näher umschreibt. In BGE 97 I 796

115 BauG BE Art. 44/1, RPG GR Art. 37/2, BauG SG Art. 32/1, Art. 30 RPG des Bundes
116 vorn Ziff. E.4.2

erklärt das Gericht, jede Eigentumsbeschränkung müsse "in einem Gesetz im materiellen Sinn, d.h. in einer allgemeinen, generell-abstrakten Norm enthalten sein, die sich ihrerseits als verfassungsmässig erweist". Danach kann auch ein kommunaler Rechtssatz eine solche Grundlage abgeben, jedoch nur dann, "wenn die Gemeinde zur Rechtssetzung auf dem betreffenden Gebiet schon unmittelbar von Verfassungs wegen befugt ist. Andernfalls bedarf es einer Ermächtigung durch den kantonalen Gesetzgeber". Für das Institut des Zonenplans verlangte das Bundesgericht von jeher eine Grundlage im kantonalen Recht, soweit die Zonenvorschriften über den Charakter des traditionellen Baupolizeirechts hinausgingen (117). Die Schaffung einer Landwirtschaftszone oder eines übrigen Gemeindegebiets wird als einschneidende Eigentumgsbeschränkung qualifiziert. Die Gesetzesgrundlage muss klar und eindeutig bestimmen, dass diese Planungsmassnahme zulässig ist (118). Sämtliche neuen Bau- und Planungsgesetze erfüllen diese Forderungen, so dass deswegen in Zukunft kaum noch Streit entbrennen wird.

7.122 Das öffentliche Interesse an der Planungsmassnahme

Die Geister werden sich vor allem daran scheiden, ob eine beabsichtigte Planungsmassnahme, in unserem Fall die Entlassung aus dem Baugebiet und Zuweisung ins übrige Gemeindegebiet, zweckmässig und im öffentlichen Interesse ist. Dazu hat das Bundesgericht in seinem Entscheid i.S. Zonenplan Wald eine Reihe von Grundsätzen aufgestellt. Es ging von einigen Grundregeln aus, die bei der Aenderung von Bau- und Planungsvorschriften zu beachten sind:

- Der Grundeigentümer hat keinen Anspruch darauf, dass eine für ihn vorteilhafte Zonenordnung bestehen bleibt.
  Dieser Satz ist bereits gefestigte Gerichtspraxis (119).

- Bei der Aenderung von Bauvorschriften ist jedoch der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. Das Gericht rechnet hierzu behördliche Zusicherungen, die mit den Rechtsänderungen nicht vereinbar sind, oder andere, den zuständigen Behörden bekannte Umstände, aus denen der Grundeigentümer auf eine längere Geltungsdauer der Vorschriften schliessen konnte. Treu und Glauben können demnach gebieten, dass eine unzweckmässige Zonenordnung bestehen bleiben muss. Daneben wird jedoch im Einzelfall zu prüfen sein, ob eine Mittellösung gefunden werden kann, die auch das öffentliche Interesse soweit möglich berücksichtigt. Zu denken ist an die Erteilung von Ausnahmebewilligungen von den neuen Vorschriften, um Härtefälle ausgleichen zu können, an differenzierte Baubeschränkungen an Stelle gänzlicher Bauverbote usw.

- Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsbeständigkeit sollen Planänderungen mit Zurückhaltung erfolgen, nämlich nur dann, wenn

---

117 BGE 81 I 26 für das bernische, ZBl 62 (1961) S. 72 für das aargauische Bau- und Planungsrecht

118 BGE 74 I 147, 78 I 424, 89 I 464, Blocher S. 155ff. mit weiteren Hinweisen

119 BGE 87 I 511. Für das bernische Verwaltungsrecht ZBl 62 (1961) S. 131, MbVR 62 (1964) S. 84, 85 und 64 (1966) S. 318

wichtige Gründe vorliegen.
Auch dieser Grundsatz kann als gefestigte Praxis gelten (120). Ich möchte beifügen, dass sie nicht nur für Planungsmassnahmen gelten muss, die den Grundeigentümer in seiner Bodennutzung beschränken, sondern auch für solche, die ihm Vorteile bringen. Auch für zusätzliche Einzonungen, besonders kurz nach Abschluss einer Ortsplanung, müssen wichtige Gründe vorliegen, und zwar im Interesse einer sachgerechten Realisierung dieser Planung. Nutzungs- und Erschliessungsrichtpläne können nur dann verwirklicht werden, wenn die Zonenpläne ihrem Konzept folgen. Sonst kann es geschehen, dass nach fünf oder zehn Jahren bereits soviel Land eingezont, aber baulich ungenügend und verschwenderisch genutzt ist, dass wir am Ende der Planungszeit Z_1 wieder dort stehen wo heute, nämlich in einer Situation, in der Planung nur reagieren, kaum aber Impulse für die Gestaltung unseres Lebensraums bringen kann.

- Was hat das Gericht als wichtige Gründe für die Verkleinerung von Zonenplänen anerkannt ? Wir können allgemeine und besondere, auf die einzelnen Auszonungen bezogene Gründe unterscheiden:

  - Zu den allgemeinen Voraussetzungen gehört die Zeitspanne, die zwischen dem Erlass und der Aenderung der Planungsmassnahme liegt. Dies wird nicht näher ausgeführt, die Begründung liegt jedoch auf der Hand: die tatsächlichen Verhältnisse wie die Bevölkerungs- und Wirtschaftsentwicklung ändern sich, Wissenschaft und Forschung haben neue Erkenntnisse gewonnen, welche eine bessere Planung gewährleisten, die Auffassungen über die Ziele der Gemeindeentwicklung haben sich gewandelt und schliesslich können auch übergeordnete Gesetzgeber eine Aenderung von Planungsvorschriften verlangen.
    Im vorliegenden Fall wurde die Zeitspanne von 14 Jahren als hinreichend gewertet, insbesondere auch im Vergleich zu der durchschnittlichen Geltungsdauer von rund 10 Jahren im Kanton Zürich, bei der es sich um die untere Grenze der Planungszeit Z_1 handelt (121).
    Eine erhebliche Rolle spielt die Grösse des als Bauzone bezeichneten Gebiets. Die Behauptung, ein Zonenplan sei zu gross, muss nachgewiesen werden.

  - Daneben muss die einzelne Auszonung sachlich gerechtfertigt sein. Das Bundesgericht anerkennt hier einen weiten Spielraum des Ermessens der Planungsbehörden, welche die örtlichen Verhältnisse zu würdigen haben, und legt sich bei der Ueberprüfung Zurückhaltung auf. In Betracht fallen folgende Gesichtspunkte:

---

120 BGE 90 I 333, 94 I 351

121 Art 111 BauV, Art. 26 RPG Bund. Art. 14/3 RPG GR bestimmt, dass die Richtpläne spätestens alle 10 Jahre zu überprüfen sind. Art. 62 RPG Bund sieht, noch weitergehend, vor: "Jedermann, der ein Interesse geltend machen kann, ist nach Ablauf von fünf Jahren seit dem rechtskräftigen Erlass des Nutzungsplanes berechtigt, jederzeit das Begehren um Umzonung von Grundstücken zu stellen, wenn er glaubhaft macht, dass sich die Verhältnisse seit dem Erlass des Planes wesentlich geändert haben oder dass sonstige besondere Umstände eine Umzonung rechtfertigen."

- die Lage der Grundstücke,
- der Grad der vorhandenen und die Möglichkeiten der künftigen Erschliessung,
- die finanzielle Belastung, die der Gemeinde durch die Erschliessung erwachsen würde.

Dieser Katalog dürfte kaum abschliessend sein, und ebensowenig werden in jedem Auszonungsfall alle diese Gesichtspunkte kumulativ für diese Massnahme sprechen müssen. So wird unter Umständen ein bereits weitgehend erschlossenes Gebiet dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesen oder mit einer noch einschneidenderen Massnahme belegt werden können, wenn einzelne Gegebenheiten, etwa die landschaftliche Qualität des Gebiets dies erfordern und die zu erwartenden Entschädigungen wegen materieller Enteignung aufgebracht werden können (122). Das Bundesgericht hat das auf diese Weise ermittelte öffentliche Interesse an der Auszonung mit dem privaten Interesse an der Aufrechterhaltung der bisherigen Ordnung verglichen, also eine Interessenabwägung im Sinn einer Verhältnismässigkeitsprüfung der Planungsmassnahme vorgenommen (123). Schliesslich hat es, unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit, die ihm vorgelegte Auszonung mit anderen, im Rahmen der Ortsplanungsrevision vorgenommenen Ein- und Auszonungen verglichen (vgl. oben Ziff. E.2.2).

7.2 Die Etappierung des Baugebiets

7.21 NACH BERNISCHEM BAU- UND PLANUNGSRECHT

Das Baugesetz sieht vor, dass die Gemeinden mittels Erschliessungsplänen die Ueberbauung der Bauzonen zeitlich staffeln können. Hierzu bestimmen die Art. 71/2 und 72/1,2 BauG:

> Art. 71/2 Der Gemeinderat legt die Basiserschliessung im Erschliessungsrichtplan oder in besonderen Richtplänen als etappenweise auszuführendes Programm fest. Verbindlich geordnet wird die Basiserschliessung in den Ueberbauungsplänen (Art. 31ff.).
>
> Art. 72/1 Die Gemeinde bestimmt den Zeitpunkt der Basiserschliessung nach pflichtgemässem Ermessen auf Grund ihres Richtplanes und im Einvernehmen mit den anderen öffentlichen Erschliessungsträgern.
>
> Art. 72/2 Bauwillige Grundeigentümer, deren Land die Gemeinde noch nicht erschliessen muss, sind befugt, die für die Baureife ihrer Grundstücke notwendigen Anlagen der Basiserschliessung selbst zu erstellen. Besteht in der Gemeinde ein Richtplan mit Ausbauetappen, so ist diese Befugnis auf diejenigen Anlagen beschränkt, die gemäss Plan in den nächsten 15 Jahren ausgeführt werden sollen. Die Anlagen sind nach den Plänen und unter Aufsicht der Gemeinde zu bauen. Die Ersteller haben die Kosten zinslos vorzuschiessen.

122 hierzu hinten Ziff. O.2.23 und 3.2

123 Weitere Hinweise zu dieser Praxis bei Blocher S. 110ff.

Für die Etappierung ergeben sich drei Möglichkeiten:

- Die Ausbauetappen können mit den Bauzonen für Z_1 und Z_2 des Nutzungsrichtplans zusammenfallen.
- Sie können die im Zonenplan ausgeschiedenen Bauzonen, d.h. diejenigen, welche für Z_1 rechtsverbindlich festgelegt sind, in Erschliessungsetappen unterteilen.
- In einem nach altem Recht zu gross bemessenen Zonenplan, der Bauland für mehr als 15 Jahre ausweist, können durch die Erschliessungsetappierung einzelne Gebiete vorläufig vor einer Ueberbauung freigehalten werden, ohne dass formell eine Revision des Zonenplans nötig wäre (124). Solche der letzten Erschliessungsetappe zugewiesenen Gebiete können frühestens in 15 Jahren überbaut werden.

Der Erschliessungsetappenplan dient den Gemeindebehörden als verpflichtende Wegleitung für die Erfüllung ihrer Erschliessungsaufgaben. Sie können pflichtgemässes Ermessen am zweckmässigsten aufgrund eines solchen Planes betätigen. Für die Grundeigentümer und andere Bauwillige ist er als Richtplan zwar nicht verbindlich, aber sie bekommen ihn indirekt zu spüren, nämlich über den Art. 4 BauG, der die Anforderungen an die Erschliessung als Voraussetzung für die Erteilung von Baubewilligungen regelt.
Für Gebiete, die in einem zu grossen Bauzonenplan dem Baugebiet zugewiesen sind und nach dem Erschliessungsrichtplan deshalb erst nach 15 Jahren erschlossen werden sollen, in denen also die Erstellung der Basiserschliessung durch die Grundeigentümer ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage nach der anwendbaren Nutzungsordnung. Unrichtig ist die Auffassung, es seien die Nutzungsvorschriften des übrigen Gemeindegebiets anwendbar. Die Gebiete bleiben rechtsgültig eingezontes Baugebiet. Die Ueberbauung ist jedoch blockiert, solange die erforderliche Basiserschliessung fehlt. Die Gebiete können mithin nur im bisherigen Rahmen genutzt werden. Neue Bauvorhaben sind nur zulässig, wenn sie den Zonenvorschriften entsprechen und wenn die Baupolizeibehörden von der Einhaltung der Erschliessungsvorschriften, insbesondere der Art. 4 und 72 BauG, 31 - 33 BauV und weiterer kommunaler Erschliessungsbestimmungen dispensieren. Die Erteilung entsprechender Ausnahmebewilligungen richtet sich nach den Voraussetzungen der Art. 46ff. BauG.

7.22 NACH DER BERNISCHEN AUSFUEHRUNGSGESETZGEBUNG ZUM GSchG

Die kantonale Gewässerschutzverordnung hat in Art. 21/2 auch bezüglich der Erschliessungsetappierung die Konzeption des BauG übernommen. Die Bestimmung wurde oben in Ziff. 5 zitiert. Danach gilt als GKP-Perimeter in Gemeinden, die aufgrund des alten Rechts ein überdimensioniertes Baugebiet ausgeschieden haben, das nach dem Erschliessungs-Etappenplan der Gemeinde in den nächsten 15 Jahren zu erschliessende Gebiet. Die Baudirektion kann in Einvernehmen mit der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft von sich aus einen provisorischen Perimeter festlegen, wenn der Etappenplan fehlt.

---

124 Zaugg, N 5 zu Art. 72 BauG

Es ist zu fragen, ob die Bestimmung in ihrer absoluten Formulierung mit dem Bundesrecht vereinbar ist. Sie bedeutet, dass durch die Festlegung des GKP-Perimeters der Umfang des im Zonenplan ausgewiesenen Baugebiets wenn auch nicht formell, so doch materiell abgeändert werden kann, ja muss, wenn eine Gemeinde über ein zu grosses Baugebiet verfügt. Art. 19 GSchG und noch deutlicher Art. 15 AGSchV erklären aber für den Umfang des GKP primär das im Zonenplan ausgeschiedene Baugebiet, also die Bauzonen, als massgebend. Nur dort, wo Zonenpläne fehlen, ist das Baugebiet durch das GKP festzulegen (oben Ziff. 5) (124a).
Im Bundesrecht fehlt also eine Kompetenz, nach welcher die Kantone und Gemeinden durch das GKP rechtsgültige Zonenpläne materiell abändern können. Auch das Argument, die Kantone könnten über das eidgenössische Gewässerschutzrecht hinausgehende Bestimmungen aufstellen, geht für die vorliegende Bestimmung fehl. Die Gesetzgebung über den Gewässerschutz, die sich auf Art. 24quater BV stützt, ist zwar eine konkurrierende, doch kann der Bund seine Kompetenzen voll ausschöpfen (125). Für einzelne Bereiche des Gewässerschutzes hat der dies zweifellos getan (126). Es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass dies bezüglich der Festlegung der Perimeter von GKP und Bauzonen nicht der Fall ist, dass die Kantone also ermächtigt wären, über Art. 19 und 20 GSchG hinausgehende, schärfere Vorschriften zu erlassen. Sogar wenn dies zuträfe, könnte für eine derart weitgehende Anordnung wie die materielle Reduktion von Zonenplänen durch GKP nicht der Verordnungsweg eingeschlagen werden. Es wäre ein Gesetz im formellen Sinn nötig. Art. 5/2 GSchG lässt die Rechtssetzungsform der Verordnung nur für die zur Ausführung der Bundesgesetzgebung erforderlichen Vorschriften zu. Das kantonale Gesetz müsste schliesslich für den Erlass des GKP ein dem Planerlassverfahren für den Zonenplan gleichwertiges Verfahren vorsehen, das einen genügenden Rechtsschutz gewährt. Ein solches Verfahren fehlt im bernischen Gewässerschutzrecht. Die Gesetzmässigkeit des Art. 21/2 KGV lässt sich somit weder durch das Bundesrecht noch auf eine dem Kanton zustehende selbständige Gesetzgebungskompetenz begründen. In Gemeinden mit einem rechtsgültigen Zonenplan hat sich der Umfang des GKP nach dem im Zonenplan ausgeschiedenen Baugebiet zu richten. Dagegen ist eine *Etappierung innerhalb des GKP und damit des Zonenplans im Sinn einer Erschliessungsetappierung nach Art. 72 BauG zulässig.* Das GKP kann also in die Form des Erschliessungsrichtplans gekleidet werden. Das bedeutet, dass es Erschliessungsetappen enthalten darf, die erst nach 15 Jahren zur Ausführung gelangen. Die Erteilung von Gewässerschutzbewilligungen in solchen Gebieten richtet sich nach den Voraussetzungen des Art. 19 GSchG. Da der für Neu- und Umbauten verlangte Kanalisationsanschluss nicht möglich sein wird, werden die Bewilligungen in der Regel verweigert werden müssen, es sei denn, es liege ein Ausnahmetatbestand im Sinn dieser Bestimmung vor, der eine andere Art der Abwasserbeseitigung zulässt. Damit wird eine optimale Koordination mit der Baubewilligung erreicht: beide Bewilligungen müssen in der Regel an der mangelhaften Erschliessung für neue Bauvorhaben scheitern. Die Gebiete bleiben aber, was nochmals anzumerken ist, formell im Baugebiet nach Zonenplan.

124a in diesem Sinn nun BGE 101 Ib 64

125 Aubert, Droit constitutionnel I Nos 686ff., insbes. Nos 689, 690 und 702, Schindler S. 430, Bendel ZBl 75 (1974) S. 417

GSchG S. 436f., Bendel a.a.O. S. 418ff.

7.23 NACH DER BERNISCHEN AUSFUEHRUNGSGESETZGEBUNG ZUM BB UEBER DRINGLICHE RAUMPLANUNGSMASSNAHMEN

Art. 3 Absätze 2 und 3 der kantonalen Vollzugsverordnung vom 24.5.1972 zum Bundesbeschluss bestimmen:

> [2]In Gemeinden, die auf Grund früheren Rechts ein überdimensioniertes Baugebiet ausgeschieden haben, gilt als Bauzone nur das Gebiet, das nach dem Erschliessungsetappenplan der Gemeinde (Art. 71 Abs. 2 des Baugesetzes; Art. 118 Abs. 2 der Bauverordnung) in den nächsten 15 Jahren erschlossen werden soll. Die kantonale Baudirektion kann Gemeinden ohne Erschliessungsetappenplan Frist zu seiner Aufstellung setzen und bis dahin provisorisch das Gebiet der ersten 15jährigen Erschliessungsetappe bezeichnen.
>
> [3]Die kommunalen Erschliessungsetappenpläne bedürfen der Genehmigung der kantonalen Baudirektion. Artikel 44 des Baugesetzes ist sinngemäss anwendbar.

Diese Bestimmungen präzisieren den in Art. 72/2 BauG enthaltenen Gedanken, dass die Gemeinden die Erschliessung zu grosser Zonenpläne auf über 15 Jahre hinaus etappieren können. Sie findet eine zusätzliche Rechtsgrundlage in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 BB dr RP, der lautet:

> Die Kantone können für weitere Gebiete, die voraussichtlich nicht zur Besiedelung bestimmt sind oder deren vorzeitige Ueberbauung die Raumplanung ungünstig beeinflussen könnte, einschränkende Bestimmungen aufstellen.

Die Rechtswirkungen solcher Pläne reichen allerdings nicht weiter als eine Erschliessungsetappierung nach Art. 72/2 BauG und Art. 21/2 KGV. Der Gewinn besteht einzig darin, dass sich das Planungsinstrument auf eine rechtliche Grundlage im Bundesrecht stützen kann. Nur wenige Gemeinden haben bisher von der vorgesehenen Massnahme Gebrauch gemacht. Die kantonale Baudirektion nützte ihre Kompetenzen überhaupt nicht (126a).
Die Kantonsregierung schlug einen andern Weg ein, um überdimensionierte Bauzonen provisorisch zu verkleinern. Sie bezog Teile solcher Zonen in provisorische *Schutzgebiete* ein und belegte sie mit einer Bausperre im Sinn der Art. 1 und 4 des BB dr RP. Die in Art. 2 Abs. 1 genannten Ausscheidungskriterien wurden dabei oft recht grosszügig interpretiert. Die Gemeinden wurden gleichzeitig angewiesen, für die mit dieser Massnahme belegten Teile des Baugebiets neue Nutzungsvorschriften zu erlassen, welche dem kantonalen Landschaftsrichtplan entsprechen müssen. Bis heute, d.h. beim Abschluss dieser Arbeit, liegt dieser Richtplan allerdings nicht vor. Die Gemeinden sind also auf ihre eigenen Planungsgrundlagen und diejenigen der Regionalplanungsvereine angewiesen, wenn sie den ihnen vom Kanton vorgeschriebenen Auftrag erfüllen wollen.

126a Die kant. Baudirektion teilte im Februar 1976 einer Gemeinde, die einen solchen Erschliessungsetappenplan erlassen hatte, mit, dass die Rechtswirkungen doch weitergehen. Die Gebiete der 2. (über 15-jährigen) Erschliessungsetappe würden provisorisch ausgezont und dem übrigen Gemeinde-

7.3 Zusammenrassung und Beurteilung der Instrumente zur Reduktion von Zonenplänen

Es bestehen zwei Verfahren, um überdimensionierte Baugebiete zu verkleinern:

- Das "direkte" Verfahren besteht in der Revision der Zonenpläne. Gestützt auf das Gewässerschutzgesetz ist die Abänderung von Zonenplänen durch die GKP nicht zulässig.

- Sofern das kantonale Recht entsprechende Grundlagen enthält, können eingezonte Baugebiete auf "indirektem" Wege auf längere Zeit vor Ueberbauung freigehalten werden, nämlich durch die Erschliessungsetappierung des Baugebiets. Das bernische Recht kennt folgende Möglichkeit (Art. 72 BauG und Art. 3 der Vollzugsverordnung zum BBdr RP): Enthalten Zonenpläne Bauzonen, welche über den Bedarf von Z_1 oder 15 Jahren hinausgehen, sind entsprechende Erschliessungsetappen zulässig. Die Gebiete zweiter und späterer Erschliessungsetappen bleiben rechtskräftig eingezontes Baugebiet. (Zu den Möglichkeiten nach BB dr RP vgl. noch Anm. 126a).Die fehlende Basiserschliessung bewirkt jedoch ein weitgehendes Bauverbot, es sei denn, die Grundeigentümer seien berechtigt, die erforderlichen Anlagen selber zu erstellen. Dieses Recht ist auf die für die nächsten 15 Jahre zur Ausführung vorgesehenen Erschliessungswerke beschränkt (Art. 72/2 BauG). In Verbindung mit Erschliessungsetappenplänen wird auch die Gewässerschutzgesetzgebung wirksam, da Art. 19 GSchG für Neu- und Umbauten innerhalb der Bauzonen den Kanalisationsanschluss verlangt.

Ein Vergleich der beiden Varianten fällt nach meiner Auffassung zu Gunsten der Zonenplanänderungen aus:

- Es wird ein klarer Rechtszustand bezüglich der geltenden Nutzungsordnung geschaffen: das auszuzonende Land wird dem übrigen Gemeindegebiet, einer Landwirtschaftszone, einem Schutzgebiet usw. zugeteilt. Es kann, sofern dies sinnvoll ist, im Nutzungsrichtplan als Bauzone für Z_2 ausgewiesen werden. Bei der Erschliessungsetappierung wird bei den Grundeigentümern der letzten Erschliessungsetappe die Vorstellung erweckt, einmal würden ihre Grundstücke mit Sicherheit erschlossen werden. Damit entstehen neue Hypotheken für die Zukunft. Denn ob nach 15 Jahren diese Gebiete wirklich erschlossen werden sollen, ist ungewiss. Es ist durchaus denkbar, dass das im damaligen Zeitpunkt erschlossene Gebiet den Bedürfnissen der Gemeinde noch genügt und eine weitere Zurückstellung oder gar eine Auszonung planerisch notwendig sein wird.

- Es muss ein nach demokratischen Grundsätzen geordnetes Verfahren durchgeführt werden. Die Erschliessungsetappierung wird in den meisten Fällen vom Gemeinderat und den kantonalen Behörden vorgenommen, ohne dass die Stimmbürger ein Mitwirkungsrecht haben und ohne dass ein genügender Rechtsschütz der Betroffenen gewährleistet ist.

---

gebiet zugeteilt. Zweck der Bestimmungen des dringl. Raumplanungsrechts sei nämlich gerade, eine weitergehende Wirkung als das BauG und GSchG herbeizuführen. Der Entscheid BGE 101 Ib 64 aus dem Kanton Zug sei für die bernische Ordnung nicht massgebend. Man wird sich dieser Argumentation nicht verschliessen können.

3. Teil

Die Nutzungsordnung für das übrige Gebiet

F Die zulässigen Nutzungsarten

1. ZIELSETZUNGEN UND DER BEGRIFF DER NUTZUNGSORDNUNG

Wenn das Baugebiet im Zonen- oder im Erschliessungsplan festgelegt ist, stellt sich das Problem, was mit dem nichteingezonten Gebiet geschehen soll. Genügt es, in den Bau- und Planungsgesetzen Baubeschränkungen oder Bauverbote anzuordnen, oder sind noch andere polizeiliche, raumplanerische, allenfalls finanz-, wirtschafts- oder sozialpolitische Massnahmen erforderlich? Um diese Fragen beantworten zu können, sind die Zielsetzungen für die Landschaftsstruktur heranzuziehen, welche eine Trennung des Baugebiets vom übrigen Gebiet erfordern. Wir haben sie in Ziffer E.1.2 dargestellt. Die freie Landschaft soll die ökologischen Grundvoraussetzungen der menschlichen Existenz, Luft, Wasser, Nahrung in ausreichender Qualität und Quantität sichern. Das bedeutet, dass zweierlei Massnahmen zu treffen sind:

- Solche, die *schädliche menschliche Einwirkungen* auf die natürlichen Ressourcen *ausschliessen oder in einem tragbaren Rahmen halten*, wie die Verschmutzung von Luft und Wasser, die Rodung grosser Waldflächen, die Zerstörung von Grundwasservorkommen, die Landverschwendung zu Bauzwecken.

- Solche, die *erwünschte und notwendige menschliche Einwirkungen fördern*, wie die Pflege der Landschaft und der Anbau des Bodens zur Nahrungsproduktion, ohne dass der Boden übernutzt wird.

Eine weitere grundlegende Zielsetzung der Landschaftsstruktur ist es, den Menschen *Freiräume zur aktiven Betätigung und zur Erholung in ihren verschiedenen Formen zu sichern*, wozu auch die Bewahrung der natürlichen oder von Menschenhand geschaffenen Werte der Landschaft gehört. Das Raumplanungsrecht wäre überfordert, müsste es alle diese Ziele in einem einzigen Gesetz verwirklichen. Es ist seine Aufgabe, alle wichtigen Einwirkungen auf die Räume ausserhalb des Baugebietes zu koordinieren, zu beeinflussen und zu lenken. Die detaillierte Regelung der einzelnen Sachverhalte ist Aufgabe von Spezialgesetzen, so die Erhaltung und Förderung der Landwirtschaft des Landwirtschaftsrechts, die Waldnutzung des Forstrechts, die Wassernutzung des Siedlungswasserwirtschaftsrechts, die Förderung der Berggebiete der Investitionshilfegesetzgebung, die Bewahrung typischer Naturlandschaften des Naturschutzrechts usw. Damit das Raumplanungsrecht die ihm zugewiesene Aufgabe erfüllen kann, haben die Raumplanungsgesetze für die nicht dem Baugebiet zugewiesenen Gebiete gewisse Mindestanordnungen zu treffen:

- Sie müssen festlegen, welche Arten der Bodennutzung zulässig, welche verboten sind.

- Sie haben die zulässigen Bauten, bauähnlichen Anlagen und weiteren Vorkehren zu nennen.

Die Besiedelungs- und Landschaftsrichtpläne, die Nutzungs- oder Zonenpläne und die Bauordnungen müssen im Einklang mit diesen übergeordneten Anweisungen stehen. Die Gesamtheit dieser Vorschriften

bilden die *bau- und planungsrechtliche Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet* oder, um einen weniger vom bernischen Recht her sich aufdrängenden Begriff zu gebrauchen, *für den Raum ausserhalb des Baugebietes*. Die Regeln über die zulässigen Bauten, Anlagen und Vorkehren könnten auch in einem Spezialgesetz enthalten sein. Dies ist beispielsweise in der Bundesrepublik Deutschland der Fall. Dort sind das Recht der Raumplanung und das Baurecht in verschiedenen Gesetzen geregelt (1). In der Schweiz ist diese Trennung bis heute nicht vollzogen worden.
Wenn wir die verschiedenen, in den letzten Jahren entstandenen Planungsgesetze betrachten, so können wir zwei Tendenzen feststellen. Die erste geht dahin, für das gesamte Gebiet ausserhalb der Bauzonen grundsätzlich eine einheitliche Nutzungsordnung zu schaffen. Sie werden überlagert durch Sonderordnungen für kleinere Teilgebiete, wie Natur-, Landschafts- und Grundwasserschutzgebiete, Gefahrenzonen und Zonen der Freiflächen für den Skisport und andere Sportanlagen. Die zweite Richtung strebt eine breiter angelegte Differenzierung der Nutzungen ausserhalb des Baugebiets an. Sie will die verfeinerten Erkenntnisse und Empfehlungen der Raumplanungstheorie weitgehend realisieren.

2. DIE EINHEITLICHE NUTZUNGSORDNUNG FUER DAS UEBRIGE GEBIET

Die erste Richtung fand ihren Niederschlag in den ersten modernen kantonalen Bau- und Planungsgesetzen, welche die Gemeinden verpflichten, das Baugebiet zu bezeichnen und vom übrigen Gebiet abzugrenzen. Letzeres wird vorrangig als Gebiet für die land- und forstwirtschaftliche Produktion verstanden. Die andern Funktionen werden in den Gesetzen nicht oder nur unklar erwähnt. Sie stellen teils erwünschte, teils unbedachte Nebenerscheinungen dar. Beispiele solcher Konzeptionen sind die Bau- und Planungsgesetze der Kantone Baselland, Aargau und Bern.

2.1 Das BauG des Kantons Baselland

Es bestimmt in § 9/1:

> Die Gemeinden haben den Gemeindebann in Baugebiet und Land- und Forstwirtschaftsgebiet zu unterteilen.

und in § 11/1:

> Das Land- und Forstwirtschaftsgebiet soll der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung erhalten bleiben.

Die Gemeinden können ferner in ihren Zonenplänen Aufforstungszonen bezeichnen, welche gemäss § 23/1 Gebiete umfassen, die im öffentlichen Interesse aufgeforstet werden sollen. Das Gesetz gibt somit einen Impuls, Gebiete, die für eine landwirtschaftliche Nutzung nicht oder nicht mehr interessant sind, einer neuen, aber anderen

---

1 Zinkahn S. VII und IX

als baulichen Nutzung zuzuführen (2). Es stellt ein taugliches Mittel für die Vermehrung des Waldes zur Verfügung, wie dies Art. 36 FPolG intendiert und unter gewissen Voraussetzungen sogar mit Bundessubventionen honoriert. Im weiteren kann gemäss § 24 wie auch, allerdings in engerem Rahmen, nach Art. 38 FPolG für Aufforstungsgebiete das Expropriationsrecht in Anspruch genommen werden.

2.2 Das BauG des Kantons Aargau

Dieses Gesetz ist, obschon jüngeren Datums, in seinen planungsrechtlichen Bestimmungen noch stärker dem Baurecht verhaftet. § 128/1 bestimmt:

> Der Zonenplan unterteilt den Gemeindebann in Baugebiet einerseits, Land- und Forstwirtschaftsgebiete anderseits.

§ 129, der die Nutzungsbestimmungen für das übrige Gemeindegebiet enthält, kennt keine ausdrückliche Vorschrift über die Nutzungspriorität, sondern spricht sich einzig über die zulässigen Bauten aus.

2.3 Das BauG des Kantons Bern

Sein Art. 23/1 enthält eine dem § 11/1 BauG BL vergleichbare Regel:

> Das übrige Gemeindegebiet besteht aus dem land-, forst- und rebwirtschaftlich nutzbaren Land sowie den weiteren ausserhalb des Baugebiets liegenden Bodenflächen.

Die Vorschrift schliesst nicht aus, dass diese Flächen anderweitig genutzt werden können, etwa als Abbaugebiete oder als Erholungsgebiete. Das wird noch klarer im Zusammenhang mit dem Art. 66 BauG, dem Zweckartikel des Planungsrechts, der u.a. in Abs. 1 lit. a die zweckmässige Nutzung des Bodens und in lit. e die Freihaltung der erforderlichen Erholungsräume zu Zielen der Planung erklärt. Art. 23/1 ist kein blosser Programmartikel, sondern ist als echte Nutzungsvorschrift zu verstehen, vergleichbar demjenigen über die Zweckbestimmung einer Wohnzone, einer Kernzone, einer Industriezone usw. Die etwas fragmentarische Aufzählung der zulässigen Bodennutzungen ändert daran nichts.

---

2 Beispiele hierfür bei Gallusser, S. 290, 294ff., ferner Zürcher S. 65ff. Zwischen 1877 und 1962 wurden in der Schweiz 26'000 ha Wald aufgeforstet. Ein wesentlich grösserer Teil, nämlich ca. 43'000 ha, entstand dagegen ohne menschliche Einwirkung durch Bestockung brachgewordenen Landwirtschaftslandes, S. 68.

3. DIE DIFFERENZIERTE NUTZUNGSORDNUNG FUER DAS UEBRIGE GEBIET

3.1 Problemstellung und Grundkonzept einer differenzierten Nutzungsordnung

Der Bericht über die Raumplanung Schweiz und die landesplanerischen Leitbilder der Schweiz zeigen, dass die recht einfache Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet, wie wir sie soeben umrissen, in absehbarer Zeit nicht mehr genügen dürfte (3). Die zunehmende Bevölkerungskonzentration in den Ballungsgebieten unseres Landes ruft nach Erholungsgebieten im Naherholungsbereich.
Diese Ansprüche kollidieren mit denjenigen der Landwirtschaft, welche gerade in diesen Regionen auf eine möglichst intensive Produktion eingestellt ist. Weiteren Konfliktstoff bringen die Materialentnahmestellen wie Kiesausbeutungen, Steinbrüche sowie die Ablagerungsstellen für Altmaterial und Abfälle aller Art. In den Gebieten für die Ferienerholung und den Fremdenverkehr kommt es zu den gleichen Spannungen, und dazu beschädigen die Einrichtungen zum Betrieb des Fremdenverkehrs die Landschaft. Eine klare Priorität der Nutzung fehlt. Der Komplementärraum droht vielerorts zum Abstellraum der Siedlungsgebiete zu werden, in den man alles hineinstellt, was irgendwie lästig, aber offenbar unumgänglich ist. Eine unkontrollierte Entwicklung des Komplementärraums dürfte aber schwerwiegende Auswirkungen auf das ökologische Gleichgewicht zeigen. Wasser- und Luftverunreinigungen sowie Landschaftsschäden stellen sich nämlich auch ein, ohne dass grössere bauliche Anlagen vorhanden sind, beispielsweise durch intensive Düngungen, Uebernutzungen durch bestimmte Sportarten oder massierten Fahrzeugverkehr. Aus diesen Ueberlegungen folgt der Ruf nach einer differenzierten Nutzungsordnung für das nicht zur Ueberbauung bestimmte Gebiet (4).
Ansatzpunkt ist die Unterscheidung zwischen Grund- und überlagernden Nutzungen. Als Gebiete der Grundnutzungen werden Landwirtschaftsflächen, Wald, Gewässer und unproduktive Landflächen bezeichnet. Ueberlagernde Nutzungen sind Naherholung, Ferienerholung, Landschafts- und Grundwasserschutz. Wo Nutzungsüberlagerungen zu Konflikten führen, weil eine oder mehrere Nutzungen sehr intensiv erfolgen, müssen Prioritäten gesetzt werden. Allerdings sind die Grundlagen für die Quantifizierung von Nutzungsintensitäten vorderhand noch mit grossen Schwierigkeiten verbunden. Immerhin wurde ein System möglicher und unzulässiger Nutzungsüberlagerungen aufgestellt (5). Wir führen daraus als Beispiel die Landwirtschaftszone höchster Intensität, als Intensitätszone I bezeichnet (6), an: Solche Gebiete könnten

---

3 Raumplanung Schweiz, Hauptbericht S. 75ff., ORL-Leitbilder I S. 109ff., 191ff.; 323
II S. 372ff. sowie die Ausführungen über die Landschaftsstruktur bei den einzelnen Leitbildvarianten. Noch eingehendere Darstellungen finden sich in den Teilleitbildern wie Landwirtschaft, Erholung und Fremdenverkehr, Wald, Landschaftsschutz. Sie können im ORL-Institut eingesehen werden.

4 ORL-Leitbilder II S. 372ff.

5 ORL-Leitbilder I S. 198f.

6 Zu ihnen gehören "Flächen mit guter bis sehr guter Eignung für intensive landwirtschaftliche Nutzung (Vorranggebiete)". ORL-Leitbilder III S. 9

von verschiedenen Nutzungen überlagert werden:

- Naherholungsgebiete im 30-km-Bereich
- Reservegebiet für Ferien und Erholung

Vor diesen Nutzungen käme der Landwirtschaft eindeutig Priorität zu.

- Naherholungsgebiet im Fussgängerbereich
- Aktivitätsraum für Ferien und Erholung
- Landschaftsschutzgebiet
- Grundwasserschutzgebiet

Diesen Nutzungen käme jeweils die Priorität vor der Landwirtschaft zu. So wäre auch das bestgeeignete Kulturland schonend zu bewirtschaften, wenn es in einem Grundwasserschutzgebiet liegt.

Solche Systeme sind unfertig und müssen laufend neu überdacht werden. Sie enthalten viel Konfliktstoff, der sich entzünden kann, wenn es im einzelnen um die Realisierung solcher Nutzungsüberlagerungen geht.

3.2 Das Bundesgesetz über die Raumplanung

Obwohl dieses Gesetz Ende 1974 noch nicht in Kraft war, hat es bereits Auswirkungen auf kantonale Gesetze gezeigt, weshalb wir es voranstellen wollen. Es verpflichtet die Kantone, in den Richtplänen die Nutzung des nicht zum Siedlungsgebiet bestimmten Gebiets zu differenzieren. Wie bereits in Ziffer D.5 im einzelnen dargelegt, verlangt das Gesetz in den Art. 10 - 16, dass in den Richtplänen der Besiedelung und der Landschaft nebst dem Siedlungsgebiet mindestens Land- und Forstwirtschaftsgebiete, Erholungs- und Schutzgebiete und übriges Gebiet zu bezeichnen sind. Erholungsgebiete und Schutzgebiete können sich untereinander und mit andern Nutzungsgebieten überlagern. Die Kantone können noch weitere Arten von Nutzungsgebieten vorsehen (Art. 10/3 und 4). Gemäss Art. 25 RPG sind die Nutzungsgebiete in den Nutzungsplänen in der Form von Nutzungszonen auszuweisen. Die Nutzungspläne sind von den nach kantonalem Recht zuständigen Behörden aufzustellen. Sie haben dem Bedürfnis nach verschiedenartigen Nutzungen Rechnung zu tragen. Sie sind für jedermann verbindlich (Art. 29/1 RPG, zit. in Ziff. N.2.1).

3.3 Das BauG des Kantons St. Gallen

Dieses Gesetz sucht den künftigen Forderungen des Bundesrechts bereits Rechnung zu tragen. Es sieht für differenzierte Nutzungen ausserhalb des Baugebiets verschiedene Zonen vor. Art. 9 enthält den Grundsatz, dass der Zonenplan das Gemeindegebiet in "Teilgebiete verschiedener Nutzungsart und Nutzungsintensität sowie verschiedener Regelbauweise und Immissionstoleranz" teilt. Es können im Zonenplan gem. Art. 10 neben den herkömmlichen Zonen ausgeschieden werden:

- Landwirtschaftszonen
  Sie unterscheiden sich vom übrigen Gemeindegebiet durch die Ausscheidungskriterien (7), die Vorschriften über die Baumöglichkeiten (8) sowie dadurch, dass sie nach der Systematik des Gesetzes als eingezontes Gebiet gelten.
- Zonen für Skiabfahrts- und Skiübungsgelände
  Sie dienen der Freihaltung von Gelände für die Ausübung des Skisportes (Art. 19).
- Kurzonen
  Art. 16 bestimmt hierzu:

  > In Kur- und Fremdenverkehrsgebieten können Kurzonen ausgeschieden werden, wo nur Bauten und Anlagen zugelassen sind, die dem Kurbetrieb oder der Erholung dienen oder bei denen weder die äussere Erscheinung noch die Benützung den Kurbetrieb und die Erholung stören.

  In der Regel dürften diese Zonen den Charakter von Bauzonen aufweisen, in der nur eine bestimmte Kategorie von Bauten zulässig sind. Es ist jedoch denkbar, dass im Sinne einer differenzierten Anwendung des Planungsinstruments (9) auch wichtige Erholungsgebiete als Kurzonen bezeichnet werden, allenfalls mit der Zulassung von Sportanlagen, Campingplätzen usw.
- Das nicht einer bestimmten Zone zugewiesene Gebiet gehört zum übrigen Gemeindegebiet.

3.4 Das RPG des Kantons Graubünden

In diesem Gesetz ist die Differenzierung der Nutzungsordnung für das übrige Gebiet zur Zeit am weitesten fortgeschritten. Es zielt darauf ab, die im künftigen Raumplanungsgesetz des Bundes enthaltenen Typen von Nutzungsgebieten von den Richt- in die Nutzungspläne umzusetzen.

3.41 DIE LANDWIRTSCHAFTSZONE UND DAS UEBRIGE GEMEINDEGEBIET

Das Landwirtschaftsgebiet im Sinn von Art. 12 RPG Bund erscheint in den Zonenplänen als Landwirtschaftszonen. Art. 30/1 RPG GR lautet:

> Die Landwirtschaftszonen umfassen Gebiete, die der landwirtschaftlichen Nutzung zu erhalten sind. Es sind nach Möglichkeit grössere zusammenhängende und für die landwirtschaftliche Nutzung geeignete Flächen auszuscheiden. Die Landwirtschaftszonen können nach Eignung und Zweck unterteilt werden.

Das übrige Gebiet gemäss Art. 16 RPG Bund tritt in den Zonenplänen als übriges Gemeindegebiet in Erscheinung. Art. 31/1 RPG GR bestimmt hierzu:

---

7 vorn Ziff. E.4.2

8 hinten Ziff. G.4

9 Botsch des Regierungsrates vom 22.9.1970 zum BauG S. 37

> Das übrige Gemeindegebiet ist grundsätzlich nur wie bisher zu nutzen. Ueberwiegt die landwirtschaftliche Nutzung, so ist Art. 30 sinngemäss anzuwenden.

Die Landwirtschaftszonen unterscheiden sich nebst unterschiedlichen baulichen Nutzungsmöglichkeiten (10) durch eine wichtige planerische Zielsetzung, die im Gesetz ausdrücklich festgehalten ist: Die den Landwirtschaftszonen zugewiesenen Gebiete *sind* der landwirtschaftlichen Nutzung *zu erhalten*. Das bedeutet, dass solche Bodenflächen vorrangig für diese Nutzung reserviert sind und nicht zweckentfremdet werden dürfen. Landwirtschaftszonen stellen kein Bauerwartungsland dar. Der Regierungsrat wird allfälligen nachträglichen Umzonungen, insbesondere in Bauzonen, die Genehmigung gem. Art. 37 RPG versagen müssen, es sei denn, triftige Gründe würden das Interesse an der Aufrechterhaltung der landwirtschaftlichen Bodennutzung überwiegen, oder die Landwirtschaftszone sei nicht sorgfältig und nach sachlichen Kriterien abgegrenzt worden.
Die Landwirtschaftszonen sollen die Vorranggebiete für landwirtschaftliche Strukturverbesserungen wie Güterzusammenlegungen, Bodenverbesserungen usw. darstellen (11). In ihrem Bereich ist die Nutzung zu Erholungs- und Ferienzwecken zurückhaltend auszuüben. Das betrifft insbesondere die Ausrüstung dieser Gebiete mit touristischen Anlagen. Vollständig unterbleiben sollte der Abbau von Rohstoffen, den wir in der folgenden Ziffer näher betrachten werden.
Eine Richtschnur für die Zulässigkeit anderer Bodennutzungen stellt die Unterteilung der Landwirtschaftszonen nach Eignung und Zweck dar, wie sie in Art. 30/1 vorgesehen ist. Das Gesetz versucht also eine Anweisung für die Bestimmung von Nutzungsüberlagerungen zu geben.
Das Gesetz bedeutet einen bedeutsamen Schritt zur Erhaltung geeigneter landwirtschaftlicher Produktionsflächen. Zwar bestimmt bereits Art. 5/1 EGG, dass das landwirtschaftliche Areal der Schweiz nach Möglichkeit seinem Zweck erhalten bleiben soll. Die Institute dieses landwirtschaftlichen Bodenrechts sind jedoch weitgehend wirkungslos geblieben (12). Diejenigen des Raumplanungsrechts haben die Chance, diesen Leitsatz des eidgenössischen Agrarrechts in die Tat umzusetzen, gleich wie es durch die Forstgesetzgebung für die Erhaltung des Waldes geschehen ist (13).

3.42 DIE FORSTWIRTSCHAFTSZONE

Die Forstgebiete des Art. 13 RPG Bund sind als *Forstwirtschaftszonen* gemäss Art. 30/3 RPG GR auszuscheiden:

> Die Forstwirtschaftszonen umfassen den bestehenden Wald und grössere Flächen, die für die Aufforstung bestimmt sind. Vorbehalten bleiben die eidgenössische und die kantonale Forstgesetzgebung.

---

10 hinten Ziff. G.4
11 In Art. 20/1 BauG SG wird dies ausdrücklich erwähnt
12 Blocher S. 25ff.
13 Art 31/1 FPolG lautet: Das Waldareal der Schweiz soll nicht vermindert werden.

Es können, gleich wie nach BauG BL, nicht nur bestehende Wälder, sondern auch Aufforstungsgebiete als Forstwirtschaftszonen bezeichnet werden. Im übrigen bestimmt sich nach der Forstgesetzgebung, was als Wald zu bezeichnen und wie er zu nutzen ist. Den Forstwirtschaftszonen kommt mit Ausnahme der Aufforstungsgebiete vorwiegend gesetzeskoordinierende Bedeutung zu. Die Forstgesetzgebung geht als speziellere Gesetzgebung vor (14). Deshalb wäre es nicht möglich, in einem Zonenplan Waldgrundstücke in Landwirtschafts- oder Baugebiet umzuwandeln. Allfällige Einzonungen, die gelegentlich vorkommen, insbesondere dann, wenn die Zonengrenzen den vermarchten Grundstücksgrenzen entlang verlaufen, einzelne Grundstücksteile aber mit Wald bestockt sind, bleiben wirkungslos, es sei denn, die Forstbehörden würden durch Rodungsbewilligungen Nutzungsänderungen gestatten. Immerhin hat die Schaffung von Forstzonen in den Nutzungsplänen die Rechtswirkung, dass auch nach erteilter Rodungsbewilligung die gerodeten Flächen nur dann einer anderen Nutzung zugeführt werden dürfen, wenn der Nutzungsplan geändert oder eine planungsrechtliche Ausnahmebewilligung erteilt wird (14a).

3.43 ERHOLUNGS-, SCHUTZ- UND GEFAHRENZONEN

Erholungsgebiete und Schutzgebiete im Sinn der Art. 14 und 15 RPG Bund erscheinen im Zonenplan nach bündnerischem Recht als *Schutz-, Erholungs- und Gefahrenzonen.*

Art. 29 lautet:

> Die Schutz-, Erholungs- und Gefahrenzonen umfassen insbesondere:
>
> a) Landschaften und Landschaftsteile von besonderer Schönheit und Eigenart wie Seeufer, Flussufer, Aussichtslagen und Baumbestände;
>
> b) Gebiete, die wegen ihrer Pflanzen- und Tierwelt eines besonderen Schutzes bedürfen;
>
> c) Orts- und Strassenbilder sowie Bauten, Baugruppen und Stätten von besonderer geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung;
>
> d) Gebiete, die sich besonders für Ruhe und Erholung oder für Sport und Spiel eignen, wie Seeufer, Flussufer, Aussichtspunkte, Waldsäume, Spielwiesen sowie das für den Skisport und andere Sportarten erforderliche Gelände;
>
> e) Gebiete im Bereiche von bedeutenden Grundwasser- und Quellvorkommen;
>
> f) Gebiete, in denen das Leben der Menschen durch die Gefahr von Lawinen, Rutschungen, Steinschlag, Ueberschwemmung oder anderen Naturereignissen bedroht ist.
>
> Die Gemeinden erlassen die erforderlichen Vorschriften. Vorbehalten bleiben die kantonalen Bestimmungen über den Natur- und Heimatschutz und die Gesetzgebung über den Gewässerschutz.

---

14 Munz S. 42

14a zum Verhältnis Baurecht/Forstrecht vgl. noch BGE 99 Ib 195 E.5 und 497

Zum Vergleich seien die entsprechenden Artikel des BauG BE herangezogen, nämlich die Art. 29 und 30:

Art. 29

[1]Die Gemeinden können bestimmt umgrenzte Gebiete ausscheiden zum Schutze von Landschaften und Landschaftsteilen von besonderer Schönheit und Eigenart, geschichtlichem Wert oder gesundheitlicher Bedeutung, insbesondere von See- und Flussufern, Baumbeständen, Aussichtslagen, Orts- und Strassenbildern sowie von einzelnen schützenswerten Bauten.

[2]Die Gemeinde hat die zur Sicherung der Schutzgebiete nötigen Baubeschränkungen und Bauverbote zu erlassen.

[3]Gewässerschutzgebiete, bedeutende Grundwasser- und Quellvorkommen, Grundwasseranreicherungszonen, sind im Einvernehmen mit der kantonalen Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft orientierungshalber im Zonenplan anzumerken.

Art. 30

Die Gemeinden bezeichnen im Zonenplan diejenigen Gebiete, welche wegen der Gefährdung durch Naturereignisse nicht oder nur mit sichernden Massnahmen überbaut werden dürfen (Art. 3).

Das bündnerische Recht enthält zwar den Begriff der Erholungszone ausdrücklich. Durch deren Einordnung in die Schutz- und Gefahrenzonen kommt ihr jedoch keine grosse Eigenständigkeit zu. Ihrem materiellen Gehalt nach unterscheiden sich die beiden Planungsgesetze nicht. Jedes Gebiet, das nach bündnerischem Recht als Erholungszone bezeichnet werden kann, könnte nach bernischem Recht als Schutzgebiet ausgeschieden oder mit anderen Planungsinstrumenten gesichert werden, Skipisten und andere Sportanlagen beispielsweise durch Freiflächen (15). Die Ausscheidung eines Gebietes entweder als Landschaftsschutzzone oder als Erholungszone dürfte zwar eine gewisse Bedeutung für die zulässigen Bauten und Anlagen haben. Deren Beurteilung kann aber auch nach dem Landschaftsrichtplan erfolgen, sofern dieser sorgfältig und differenziert genug ausgearbeitet ist. Im übrigen werden die Baumöglichkeiten so oder so beschränkt sein, handelt es sich doch nicht um Baugebiete. Diese Hinweise mögen genügen, um aufzuzeigen, wie schwierig es ist, in der Gesetzgebung die geforderten Nutzungsüberlagerungen und -prioritäten zu fassen.

---

15 hinten Ziff. J.3.25

4. DIE BODENNUTZUNGEN IM EINZELNEN

4.1 Die Landwirtschaft

Die landwirtschaftliche Bodennutzung gliedert sich in verschiedene Kategorien (16):

- Ackerbau (Getreide, Kartoffeln etc.)
- Naturfutterbau (Wiesen, Weiden)
- Spezialkulturen (Gemüse- und Obstbau, Beerenkulturen, Weinbau)

Diese Aufteilung lässt sich natürlich verfeinern oder auch etwas anders gliedern (17). In unserem Zusammenhang genügt jedoch das grobe Schema. Es soll einzig zeigen, was die Bau- und Planungsgesetze unter der "Landwirtschaft" verstehen. Hervorzuheben ist, dass auch der Gartenbau hierher gehört (18), es sei denn, ein Gesetz schliesse ihn ausdrücklich aus.
Die landwirtschaftliche Nutzung herrscht in allen Planungsgebieten, wie sie oben in den Ziff. 2 und 3 beschrieben wurden, weitgehend vor. Sie ist die "klassische" Nutzung, welche beinahe immer in mehr oder weniger intensiver Weise und in verschiedenen Arten möglich und auch erwünscht ist. In gewissen Gebieten hat sie allerdings Einschränkungen zu dulden:

- In Landschaftsschutzgebieten, etwa in Rebbaugebieten, soll eine ganz bestimmte Art der landwirtschaftlichen Nutzung erhalten bleiben (19).
- In Grundwasserschutzgebieten müssen wassergefährdende Anbaumassnahmen untersagt werden.
- In Erholungs- und Landschaftsschutzgebieten, am stärksten wohl im Skigelände oder in andern Gebieten für den Wintersport, wird sie durch eine intensive Erholungsnutzung beeinträchtigt.
- Verhältnismässig schlecht geschützt ist die Landwirtschaft auch im "übrigen Gemeindegebiet". Sie steht hier ziemlich schutzlos in Konkurrenz mit der Erholungsnutzung, mit dem Abbau von Lagerstätten, der Errichtung von Ablagerungsplätzen und mit der Errichtung von überlokalen Verkehrs- und Erschliessungsanlagen. Dazu ist das übrige Gemeindegebiet in der Nähe des Siedlungsgebietes oft Bauerwartungsland, ganz besonders dort, wo es in den Besiedlungs- oder Nutzungsrichtplänen für eine spätere Einzonung vorgesehen ist.
  Den stärksten Schutz geniesst die Landwirtschaft in den neben dem übrigen Gemeindegebiet speziell bezeichneten Landwirtschaftszonen. Hier hat sie gegenüber allen andern Nutzungen und Erwartungen auf künftige Nutzungsänderungen Priorität.

---

16 ORL-Richtlinien Blatt 512'542 (1971)
17 ORL-Richtlinien ebenda, Planungsatlas II S. 16ff. und Karte 2, Gallusser S. 184ff.
18 Sten Bull NR 1974 S. 81f.
19 hinten Ziff. L.3.3

4.2 Die Forstwirtschaft

Sie umfasst "die planmässige, auf den Anbau und Abschlag von Holz gerichtete Wirtschaftstätigkeit" (20).
Auch die Forstwirtschaft kann sich nicht überall ungestört von andern Einflüssen entfalten, denn auch die Waldgebiete erfüllen heute vielfältige Funktionen:

- In Berggebieten geht die Funktion des Schutzes von Mensch und Tier vor Naturgefahren einem auf Gewinn ausgerichteten Wirtschaften vor.
- Konflikte entstehen mit der Nutzung des Waldes als Erholungsgebiete sowie mit dem Abbau von Lagerstätten (s. unten).

4.3 Der Abbau von Lagerstätten

Obwohl die Texte der Bau- und Planungsgesetze fast ausschliesslich die land- und forstwirtschaftliche Nutzung des übrigen Gemeindegebiets hervorheben, spielt eine weitere Bodennutzung eine erhebliche Rolle, nämlich der Abbau von Rohstoffen oder Lagerstätten. Diese drei Nutzungen werden zusammen gelegentlich als "Urproduktion" bezeichnet (21).
Unter Lagerstätten sind "alle natürlichen Anhäufungen anorganischer oder organischer Rohstoffe in fester, flüssiger oder gasförmiger Form (Phase) zu verstehen, die Bestandteile der Erdkruste bilden und für Wirtschaftszwecke verwertet werden können" (22). Sie lassen sich nach Art und Beschaffenheit folgendermassen unterteilen (23):

- Brennstoffe und Bitumina:

  Stein- und Braunkohle, Torf z.T., Erdöl, Erdgas, Oelschiefer, Asphalt.

- Erze (Metallische Rohstoffe):

  Eisenerz, Buntmetallerze, Leichtmetallerze, Uranerz usw.

- Salze:

  Steinsalz, Kalisalze usw.

- Nutzbare Minerale:

  z.B. Graphit, Schwerspat, Flussspat, Feldspat, Kieselgur, Gips- und Anhydrit-Stein usw.

- Mineralwässer und -gase:

  z.B. natürliche Sole, Kohlensäure.

- Nutzbare Steine und Erden:

  z.B. Basalt, Kalkstein, Ton, Bims, Sand usw.

---

20 Wirtschaftslexikon Band 2 Spalte 953
21 Wirtschaftslexikon Band 6 Spalte 2834
22 Handwörterbuch der Raumforschung und Raumordnung II Spalte 1652
23 ebenda Spalte 1653, mit weiteren Einteilungsmöglichkeiten

Einzelne Kategorien spielen in unserem Land eine untergeordnete Rolle, andere hingegen kommen häufiger vor und werden abgebaut, also wirtschaftlich verwertet, vor allem die vier letztgenannten. Der Abbau von Lagerstätten ist planungsrechtlich in verschiedener Weise erfassbar: Soweit Planungsgesetze und Zonenpläne nur die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet vorsehen, gehört der Abbau zu den zonenkonformen Bodennutzungen im übrigen Gemeindegebiet (24). Formeln wie "das Land- und Forstwirtschaftsgebiet soll der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung erhalten bleiben" (25) können diese nicht ausschliessen, denn das liefe auf ein grundsätzliches Verbot dieser Bodennutzung, welche an den Standort der Lagerstätten gebunden ist, hinaus. Ein solches Verbot wäre jedoch unsinnig, da wir auf die Förderung unserer Bodenschätze angewiesen sind. Wenn der Abbau der Baubewilligungspflicht unterworfen ist, kann im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens gestützt auf die Landschaftsrichtpläne oder auf besondere Abbaukonzepte diese Bodennutzung gesteuert und in Gebiete gelenkt werden, in welchen die Interessen des Landschaftsschutzes, der Landwirtschaft usw. am wenigsten betroffen werden. Möglich ist auch die Festlegung von Bedingungen und Auflagen (26).
Werden neben dem übrigen Gemeindegebiet spezielle Landwirtschaftszonen bezeichnet, so ist der Abbau von Lagerstätten in diesen grundsätzlich zonenwidrig, in jenem grundsätzlich zonenkonform. Ich sehe in dieser Differenz eine wichtige Begründung für ein Nebeneinander der beiden Planungsinstrumente. Mit Hilfe des Ausnahmerechts sind zwar auch Bewilligungen für den Abbau in Landwirtschaftszonen möglich, doch müssten die Anforderungen hierfür besonders streng sein, sonst wird der Zweck solcher Zonen über einen Umweg wieder in Frage gestellt. Es müsste an die Voraussetzungen für Rodungsbewilligungen bei Abbauten im Wald angeknüpft werden (27). Meine Auffassung steht jedoch im Widerspruch zu den Aeusserungen, welche im Ständerat bei der Beratung des Art. 10 RPG fielen. Danach sollen vorübergehende Ausbeutungen immer zulässig sein, wenn nicht öffentliche Interessen erheblich betroffen würden (27a).
Daneben bestehen weitere Möglichkeiten zur Lenkung des Abbaus von Lagerstätten. In den Erholungs- und Landschaftsschutzgebieten ist der Abbau ebenfalls grundsätzlich ausgeschlossen. Es empfiehlt sich, das in den zugehörigen Nutzungsvorschriften ausdrücklich festzuhalten. Möglich ist auch, in Zonenplänen die Gebiete, in denen der Abbau zulässig ist, zu bezeichnen, etwas als Abbaugebiete oder, spezieller, als Kiesausbeutungszonen usw., und im übrigen Teil der Gemeinde zu untersagen. Das setzt allerdings voraus, dass das kantonale Planungsrecht die Schaffung solcher Zonentypen zulässt. In den Nutzungsvorschriften können noch weitere Bestimmungen erlassen werden, etwa über die Abbauetappierung, die Aufschüttung und die Rückführung abgebauter Gebiete in die landwirtschaftliche Nutzung oder über den Landschaftsschutz.

---

24 für das aargauische Recht (oben Ziff. 2.2) vgl. das Urteil des aarg. Verwaltungsgerichts in ZBl 75 (1974) S. 300f. Für das bernische Recht hinten Ziff. I.3.12

25 § 11/1 BauG BL

26 ZBl 75 (1974) S. 304ff.

27 Munz S. 40f., Bloetzer/Munz S. 436ff.

27a Sten Bull St R 1973 S. 90 (Votum Hoffmann) und 116 (Votum Bodenmann)

In diesem Zusammenhang sei auf das Bundesbaugesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23.6.1960 verwiesen. Es bestimmt in § 5, welcher den Inhalt des Flächennutzungsplans betrifft, in Absatz 2 Ziff. 7, dass soweit erforderlich die "Flächen für Aufschüttungen, Abgrabungen oder für die Gewinnung von Steinen, Erden und anderen Bodenschätzen" darzustellen sind. Der Flächennutzungsplan kommt in seinen Rechtswirkungen zwar bloss unseren Richtplänen gleich (28), doch findet sich die gleiche Bestimmung auch in § 9/1/9, der den Inhalt des für jedermann verbindlichen Bebauungsplans, unserem Zonenplan entsprechend, bezeichnet.
Im weiteren ist der Abbau einer ganzen Reihe von Lagerstätten speziellen kantonalen Regelungen unterworfen, soweit sie nämlich Gegenstände der kantonalen Bergregale sind. Diese Regalrechte sind in Art. 31/2/3. Satz BV als Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit zu Gunsten der Kantone vorbehalten. Sie werden von den Kantonen verschieden weit genutzt (29). Im Kanton Bern unterstehen folgende Lagerstätten dem Bergregal: Erze, Kohlen, Erdgas und andere feste, halbfeste, flüssige oder gasförmige Kohlenwasserstoffe, Mineralien für die Erzeugung von Atomenergie und Salzlagerstätten. Zur Ausbeutung ist eine Konzession erforderlich. Die Ausbeutung anderer mineralischer Rohstoffe steht den Grundeigentümern zu, doch kann der Grosse Rat durch Dekret die Ausbeutung weiterer mineralischer Rohstoffe der Konzessionspflicht unterstellen, wenn öffentliche Interessen es erfordern (30).
Der Abbau von Lagerstätten, insbesondere von Kies, kann zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Grundwassers führen. Die Gewässerschutzgesetzgebung stellt deshalb Mittel zur Verfügung, welche es erlauben, grundwassergefährdende Abbauten zu verhindern. Neben der Einteilung der Kantonsgebiete in Gewässerschutzbereiche, dem Erlass von Schutzzonen für die Grundwasserfassungen und von Arealen für die zukünftige Nutzung und für die künftige künstliche Anreicherung von Grundwasser (Art. 29 - 31 GSchG) statuiert Art. 32 GSchG die Bewilligungspflicht für Materialentnahmen und enthält Grundsätze über deren Zulässigkeit. Die Bestimmung lautet:

> [1]Wer in Gruben sowie aus oberirdischen Gewässern Kies, Sand und anderes Material ausbeuten will, bedarf einer Bewilligung des Kantons.
>
> [2]In Grundwasservorkommen, die sich nach Menge und Qualität für die Wasserversorgung eignen, sind Grabungen zur Ausbeutung von Kies, Sand und anderem Material unterhalb des Grundwasserspiegels verboten. Ueber dem nutzbaren Grundwasser kann die Ausbeutung unter der Bedingung bewilligt werden, dass über dem höchsten möglichen Grundwasserspiegel eine nach den örtlichen Gegebenheiten zu bemessende schützende Materialschicht belassen wird.

28 Zinkahn S. X, Estermann S. 66ff.
29 Aubert, Droit constitutionnel Band II Nos 1951 und 1954, Spahn Melchior, die kantonalen Regalrechte nach Art. 31/2 BV, Diss. Zürich, 1956, S. 79ff., 116ff. Zum Bergregal im besonderen Christen Marc, Kantonale Regalien und Bundespolizeirecht, Diss. Bern 1950, S. 38ff.
30 Art. 1 des Gesetzes vom 4.11.1962 über die Gewinnung mineralischer Rohstoffe (Bergwerkgesetz)

Die Kantone können ergänzende Vorschriften aufstellen, was der Kanton Bern in den Art. 105f. KGV getan hat.
Schliesslich sei vermerkt, dass sich viele abbauwürdige Lagerstätten im Forstgebiet befinden und somit der Forstgesetzgebung, insbesondere der Bewilligungspflicht für Rodungen, unterworfen sind. Der Kanton Bern übt die Oberaufsicht über das Bergwesen gemäss Art. 2 Bergwerkgesetz sogar durch die kantonale Forstdirektion aus.

4.4 Die Erholung

4.41 ZUM BEGRIFF

Im übrigen Gemeindegebiet, dem Komplementärraum zum Siedlungsgebiet, spielen sich zu einem grossen Teil die Erholungsaktivitäten der Bevölkerung ab. Teilweise lassen sich diese Erholungsbedürfnisse wirtschaftlich verwerten, teilweise führen sie zu Spannungen oder gar zu Unverträglichkeiten mit gewissen wirtschaftlichen Tätigkeiten. Die Theoretiker der Raumplanung sind daran, subtile Modelle der Erholungsplanung zu entwickeln, welche vor allem auch diese Auswirkungen auf Raum und Wirtschaft einschliessen. *Erholung* wird als "die Wiederherstellung, die Erhaltung und vorbeugende Bewahrung des durch die Arbeitsteilung, die Lebensführung und gewisse Umweltseinflüsse beeinträchtigten oder gefährdeten körperlichen, geistigen und seelischen Wohlbefindens des Menschen" charakterisiert. Sie hat drei Funktionen zu erfüllen: Die "Restitution der Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit, das Mitwirken an der Erhaltung und Bewahrung der organischen und seelischen Gesundheit sowie an der Erhaltung der Lebensfreude der Gesamtbevölkerung" (31). Es werden zwei Arten von Erholung unterschieden. Die *Naherholung* wickelt sich in der Umgebung der Siedlungsgebiete und in der Regel ohne Uebernachtung ab, die *Ferienerholung* in der Regel in grösserer Entfernung vom Wohnort und dauert mehrere Tage (32). Uebertragen auf die räumlichen Verhältnisse ergibt sich damit die Notwendigkeit, entsprechende Gebietskategorien zu schaffen. *Naherholungsgebiete* müssen in der Umgebung der Siedlungsgebiete liegen. Sie werden vorwiegend an arbeitsfreien Tagen vom Wohnort aus besucht. Sie erstrecken sich bis etwa 30 km vom Rand der Siedlungseinheiten weg. Innerhalb dieser Gebiete wird ein noch engerer Bereich für die tägliche Erholung abgegrenzt. Er ist zu Fuss oder mit einem Nahverkehrsmittel erreichbar und erstreckt sich rund fünf Kilometer über das Siedlungsgebiet hinaus. Den *Ferienerholungs- und Fremdenverkehrsgebieten* fehlt ein solcher Zusammenhang mit den Siedlungsgebieten der Erholungssuchenden (33). Es sind ihnen intensiv und extensiv genutzte Aktivitätsräume zugeordnet, "in denen sich der Grossteil der Erholungsaktivitäten abspielt. Sie umfassen Seen und Flüsse für Wassersport, See- und Flussufer als allgemein zugängliche Erholungsgebiete, Spazier- und Wandergebiete, mechanisiert erschlossene Skigebiete u.a.m." (34). Anders ausgedrückt kommen wir zu einer Stufenfolge von Erholungsgebieten (35):

---

31 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr, S. 2f.
32 ORL-Leitbilder III S. 5
33 ORL-Leitbilder III S. 5f., Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr S. 42ff.
34 ORL-Leitbilder III S. 3
35 ebenda, Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr S. 68

- örtliche Freihaltegebiete innerhalb der Agglomerationen,
- regionale Regenerations- und Erholungsgebiete in unmittelbarer und mittelbarer Nähe der Agglomerationen und der wirtschaftlichen, insbesondere industriellen Ballungsgebiete,
- Feriengebiete in gewisser Entfernung von Agglomerationen und Ballungsgebieten.

Die Freihaltung solcher Gebiete vor Ueberbauung genügt nicht zur Befriedigung der Erholungsbedürfnisse, sondern es sind bestimmte, den Typen der Erholungsgebiete entsprechende Bauten und Anlagen erforderlich (36).

4.42 DIE RECHTLICHE SICHERUNG VON ERHOLUNGSGEBIETEN

Welche Planungsinstrumente können den Zwecken der Erholungsplanung dienen?

- Zur Gliederung grösserer Siedlungen und als Trenngürtel zwischen Quartieren oder verschieden genutzten Bauzonen, beispielsweise Wohn- und Industriezonen können *Grünzonen oder -flächen* bezeichnet werden (37). Diese Zone stellt somit in der Regel ein Planungsinstrument für die Gestaltung des Siedlungsgebiets dar (38). Sie kann der Sicherung von Naherholungsgebieten im Fussgängerbereich dienen. In diesen relativ kleinräumigen Zonen muss der Erholungsfunktion Priorität vor den andern Nutzungen, auch der Landwirtschaft, zukommen. Eine derart umrissene Zweckbestimmung ist geeignet, den Zonentyp von anderen, verwandten Planungsinstrumenten, vor allem Schutzzonen und Freiflächen für öffentliche Bauten und Anlagen abzugrenzen (39). Grünzonen werden jedoch vorderhand auch für andere Zwecke benutzt, wodurch fliessende Uebergänge entstehen. Der Charakter jeder einzelnen Grünzone muss interpretiert werden, sofern die Zonenpläne oder die Baureglemente keine klaren Zweckbestimmungen nennen: So ist es nach § 134/2 BauG AG möglich, eine Grünzone auch zur Sicherung eines Gewässerschutzgebietes zu erlassen. Dieses Gesetz sowie Art. 98f. BauG SG sehen für den Landschaftsschutz überhaupt nur das Instrument der Grünzone vor. Die bernische Gemeinde Lenk hat Skipisten durch einen Grünzonenplan (vom 19.4.1966) gesichert usw.
- Soll ein Gebiet speziellen und intensiven Erholungszwecken dienen, wozu entsprechende bauliche Anlagen erforderlich sein können, wie Sport- und Kureinrichtungen, Parkanlagen usw., so kann es als *Freifläche* (40), *Zone für öffentliche Bauten und Anlagen* (41), *Zone für Skiabfahrts- und Skiübungsgelände* (42) oder *Kurzone* (43) ausgeschieden werden.

36 hinten Ziff. J.2.21, 2.251, K.
37 z.B. BauG BE Art. 28, BauG BL § 22, BauG SG Art. 17, BauG AG § 134/2, RPG GR Art. 28, BauG ZH § 68 b
38 Zaugg N 1 zu Art. 28 BauG, Hintermann S. 46ff., Jacsman, Landschaftsplanung S. 22a
39 zum zürcherischen Recht Hafner S. 60ff, 70ff.
40 Art. 27/2/c, d BauG BE
41 Art. 27/1/b RPG GR
42 Art. 19 BauG SG
43 Art. 26 RPG GR, Art. 16 BauG SG, § 133 BauG AG

- Für die Errichtung von Wochenend- und Ferienhäusern stellen einige Planungsgesetze *Ferienhauszonen* zur Verfügung (44).

- Auch *Landschaftsschutzzonen oder -gebiete* (45) können Erholungszwecken dienstbar gemacht werden. Gebiete können gerade deswegen als Landschaftsschutzgebiete bezeichnet werden, weil sie sich infolge ihrer Beschaffenheit und Eigenart als Erholungsräume eignen (46). Denn die weiträumige und zusammenhängende Erhaltung einer bestehenden Landschaftsstruktur soll in erster Linie dem Menschen dienen (47). In diesem Sinn ermöglicht etwa Art. 29/1 BauG BE, "bestimmt umgrenzte Gebiete ... von *gesundheitlicher Bedeutung*" als Schutzgebiete auszuscheiden. Das Gesetz führt See- und Flussufer, Baumbestände und Aussichtspunkte als Beispiele an (48). Auch das Bundesgericht anerkennt die Erholungsfunktion von Landschaftsschutzgebieten (49).
  Soweit es sich um eigentliche Naturschutzgebiete oder -reservate handelt, ist der Zugang für Menschen unerwünscht und auf einzelne Pfade zu beschränken oder ganz auszuschliessen. Solche Gebiete sollen primär um ihrer selbst erhalten und geschützt werden (50). Unter Umständen sind allerdings bestimmte positive Bewirtschaftungspflichten erforderlich, um den Charakter der Landschaft erhalten zu können (51).

- Als besondere Zonenart kennt das bündnerische Recht die *Erholungszone*. Gemäss Art. 29/d RPG GR sind darin Gebiete einzubeziehen, "die sich besonders für Ruhe und Erholung oder für Sport und Spiel eignen, wie Seeufer, Flussufer, Aussichtspunkte, Waldsäume, Spielwiesen, sowie das für den Skisport und andere Sportarten erforderliche Gelände". Gebiete, die dagegen wegen ihrer besonderen Schönheit und Eigenart schutzbedürftig sind, sollen nach diesem Gesetz als Landschaftsschutzgebiete im Sinn von lit. a des Art. 29 ausgeschieden werden. Dies erlaubt eine verfeinerte Beurteilung für Erholungsanlagen und Bauwerke, die der Erholung dienen. Ihre Zulässigkeit hängt weitgehend vom Schutzzweck der einzelnen Zonen ab (52).

44 Art. 25 BauG BE, Art. 31/2 RPG GR, § 19 BauG BL, hinten Ziff. K

45 Art. 29/1,2 BauG BE, Art. 29/a, b RPG GR, § 21 BauG BL, § 182 EG zum ZGB vom 2.4.1911 des Kantons Zürich. Weitere Hinweise bei Munz S. 23f.

46 Hafner S. 85f.

47 Hafner S. 79f., Munz S. 8, Jacsman, Landschaftsplanung S. 22a, ORL-Richtlinien Blatt 512'621 (1971) S. 2, Begriff "Landschaftsschutzgebiet", ORL-Leitbilder, Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr, S. 65, Teilleitbild Landschaftsschutz S. 30ff.

48 Zaugg N 1 zu Art. 29 BauG

49 z.B. BGE 96 I 241 E.4, 98 Ia 436 E.5 und 480 E.4. Einzelheiten bei Ed.Sommer, Natur- und Landschaftsschutz in der neueren Praxis des Bundesgerichts und in der Rechtsprechung des zürcherischen Verwaltungsgerichts, in ZBl Band 73 (1972) S. 2ff.
  Hafner S. 78, Jacsman, Landschaftsplanung S. 22a, ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landschaftsschutz S. 28ff.

50 ein Beispiel findet sich bei Hafner, S. 9[illegible] unten, ferner Munz S./ Anm. 3, Galiussor S. 262 Ziff.
[illegible] ff.

- Wenn nebst dem übrigen Gemeindegebiet spezielle *Landwirtschaftszonen* im Sinn von Art. 20 BauG SG und Art. 30 RPG GR ausgeschieden werden, verbietet deren Zweckbestimmung eine intensive Nutzung als Erholungsgebiete. Bauliche Anlagen und Erschliessungen für Erholungszwecke sind ausgeschlossen. Nicht unerwünscht ist- es kann auch kaum vermieden werden - dagegen eine gewisse extensive Erholungsnutzung, vornehmlich als Wandergebiete (53). In Berggebieten wird eine intensive Nutzung im Winter kaum zu umgehen sein, etwa im Bereich von Skilanglauf-Loipen oder von auslaufenden Skipisten in den Talgründen, in denen sich bekanntlich die bestnutzbaren Landwirtschaftsflächen des Berggebietes finden. In solchen Konfliktsgebieten ist für allfällige Nutzungsausfälle und für die Ueberlassung des Landes zu zonenfremder Benutzung die Entrichtung von Entschädigungen notwendig (54).

- Stets betont wird die Bedeutung des *Waldes* als Erholungsgebiet, sei er nun besonderen Forstwirtschaftszonen oder dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesen (55). Dabei kann es zu Unverträglichkeiten und Spannungen zwischen dieser Nutzung und der Forstwirtschaft kommen, insbesondere an den von den Erholungssuchenden bevorzugten Waldrändern (56). Das Interesse an der Erstellung einer Erholungsanlage, nämlich einer Skipiste, ist vom Bundesgericht auch schon als grösser veranschlagt worden als dasjenige an der Erhaltung einer Waldfläche (57). Eine Unterteilung der Wälder nach ihren Hauptfunktionen, etwa in Schutz- und Erholungswälder, ist umstritten (58). Ferner wird zur Abgeltung für die von der Forstwirtschaft der Allgemeinheit erbrachten Leistungen die Entrichtung von Ausgleichszahlungen gefordert (59).

- Auch im *übrigen Gemeindegebiet* werden sich viele Erholungsaktivitäten abspielen. Je nach den Differenzierungen der Zonenpläne wird ein kleineres oder grösseres Gebiet jeder Gemeinde zum übrigen Gemeindegebiet gehören. Vielfach wird man sich mit einer

---

53 Der von Kistler, S. 8 gemachte Vorschlag, die Landwirtschaftszonen einzuzäunen, dürfte über das Ziel hinausschiessen.

54 hinten Ziff. J.3.25

55 Hafner S. 98ff., Jacsman, Landschaftsplanung, S. 28f., Erholungswälder S. 5ff., ORL-Leitbilder I S. 327, II S. 377, Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr, S. 62ff., Bundesgericht in ZBl 71 (1970) S. 413

56 ORL-Leitbilder I S. 327, Teilleitbild Erholung und Fremdenverkehr, S. 64ff., Jacsman, Erholungswälder S. 31ff., 38ff., 170ff., zum "Waldrandeffekt" im besonderen S. 173ff., Zürcher S. 21f.

57 BGE 96 I 502. In diesem Fall kann man sich des Eindrucks allerdings nicht erwehren, das Gericht habe eine vom eidg. Departement des Innern genehmigte und im Zeitpunkt des Urteils bereits vollzogene Rodung nachträglich irgendwie sanktionieren müssen. Prof. Hans Huber hegt die gleiche Vermutung und bezeichnet die Affäre, die Rodung von 82'000 m2 Wald in Thyon/VS, als ein Trauerspiel, ZbJV 107 (1971) S. 422. Es scheint allerdings, dass das Bundesgericht weiterhin gewillt ist, wirtschaftliche Erwägungen vor das Rodungsverbot zu stellen, vgl. 98 Ib 447, 489 und die Kritik Hubers in ZbJV 109 (1973) S. 515ff und 110 (1974) S. 496ff.

58 dafür Jacsman, Landschaftsplanung S. 42f., sowie die Arbeit "Erholungswälder", dagegen ORL-Leitbilder 1 S. 327, Zürcher S. 60, 64, unklar Hafner S. 101

59 ORL-Leitbilder ebenda, Jacsman Erholungswälder S. 89f., Zürcher S. 27f., 73, sowie Art. 45 RPG betr. den volkswirtschaftlichen Ausgleich (hinten Ziff. 0.3.7)

einfachen Abgrenzung des Baugebiets begnügen, allenfalls vermehrt um wenige kleinräumige Landschaftsschutzgebiete oder Grünzonen, welche die Sehenswürdigkeiten und Besonderheiten der Ortschaft einem stärkeren Schutz unterstellen.

Im übrigen Gemeindegebiet können sich wie erwähnt alle Bodennutzungen mit Ausnahme der Ueberbauung recht unbeeinflussbar entwickeln. Im Vordergrund stehen zwar Land- und Forstwirtschaft, doch in attraktiveren Gebieten wird auch die Erholung eine wesentliche Rolle spielen. Wo keine detaillierten Landschaftsrichtpläne vorhanden sind, besteht die Gefahr, dass planlos Bewilligungen von baulichen Anlagen für Erholungszwecke erteilt werden, weil zuverlässige Beurteilungskriterien fehlen.

Dass das übrige Gemeindegebiet Erholungszwecken dient, ist weitgehend ein Sekundäreffekt im Rahmen primärer Zielsetzungen wie der Erhaltung von Landwirtschaftsgebieten, der Eindämmung der Streubauweise und der rationellen Einsetzung der Erschliessungsinvestitionen.

4.5 Weitere Nutzungsmöglichkeiten im übrigen Gebiet

Im übrigen Gemeindegebiet finden noch weitere Aktivitäten statt, die vom Boden und seiner Beschaffenheit direkt abhängig sind oder die wegen ihrer Zweckbestimmung in dieses Gebiet gehören. Sie werden auch vom Raumplanungsrecht zum Teil erfasst. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, seien einige dieser Aktivitäten erwähnt. Von erheblicher Bedeutung ist die Beanspruchung des übrigen Gemeindegebiets durch Massnahmen und Vorkehren der *militärischen Landesverteidigung*. Art. 33 des BG betreffend die Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12.4.1907 (60) verpflichtet die Grundbesitzer, die Benutzung ihres Landes zu militärischen Uebungen zu gestatten. Im übrigen dürften jedermann die kaum zählbaren Kontroversen um die Durchführung regelmässiger militärischer Uebungen und Kurse in gewissen Erholungsräumen oder um die Erstellung dauernder Einrichtungen wie Waffen- und Schiessplätze bekannt sein (61). Das *Wasser* stellt eine der wesentlichsten natürlichen Ressourcen unseres Landes dar. Seine Nutzbarmachung erfolgt zum grössten Teil im übrigen Gemeindegebiet, erst der Verbrauch des gefassten Wassers sowie der gewonnenen Wasserkräfte findet im Siedlungsgebiet statt. Die Nutzbarmachung der Wasserkräfte ist schon seit Jahrzehnten von Bund und Kanton gesetzlich eingehend geordnet (62). Der enge Zusammenhang mit dem Schutz des Wassers vor Verunreinigungen ist längst erkannt und Gegenstand der Gesetzgebung geworden. Die Regelung des Wasserhaushaltes, die Siedlungswasserwirtschaft, wird heute in den Gesamtrahmen der Raumplanung gestellt (63). Nicht nur Gewässerschutz-

---

60 SR 510.10

61 eine instruktive Zusammenstellung findet sich im Artikel "Kein Land für das EMD" des Schweizerischen Beobachters, Band 47 (1973) Nr. 21 vom 15.11. S. 5ff.

62 Art. 24bis BV, eingefügt am 25.10.1908, BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22.12.1916, SR 721.4 sowie die kantonalen Wassernutzungsgesetze, Art. 24 bis BV wurde am 7.12.1975 vollständig neu gefasst.

63 vorn Ziff. E.1.21 und 1.3

und Wassernutzungsgesetze, sondern auch einzelne Planungsgesetze stellen Instrumente zum Schutz des Grundwassers zur Verfügung. Erwähnt wurde bereits der § 134/2 BauG AG, der die Grünzone für diesen Zweck zulässt. Art. 29/e RPG GR sieht für Gebiete mit bedeutenden Grundwasser- und Quellvorkommen den Erlass von Schutzzonen vor. Art. 29/3 BauG BE verlangt die Anmerkung von Gewässerschutzgebieten, bestehenden bedeutenden Grundwasser- und Quellenvorkommen und Grundwasseranreicherungszonen im Zonenplan. Solche Anmerkungen haben nur orientierenden, nicht rechtsetzenden Charakter, da das WNG für die Festlegung solcher Gebiete und Zonen in Art. 115 sowie in den Art. 46 - 51 KGV ein eigenes Verfahren vorsieht (64). Selbstverständlich ist der Wasserhaushalt bereits in der Richtplanung gebührend zu beachten. Art. 18 RPG schreibt die Erstellung von Wasserversorgungsplänen vor.

Gewaltig geprägt wird unsere gesamte Landschaft von den *Netzen des Verkehrs und der Energieversorgung*. Waren es im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Baustellen für die Anlage des Eisenbahnnetzes, welche unser Land durchpflügten, so sind es heute diejenigen des Strassenbaus, ganz besonders für die Anlage von Hochleistungsstrassen. Dazu kommen die vielen Leitungsnetze für die Versorgung mit Elektrizität, Telefon, Erdöl und Gas. Solche Bauten und Anlagen geraten im übrigen Gemeindegebiet vor allem mit dem Landschaftsschutz, mit der Erholung und mit der Land- und Forstwirtschaft in Konflikt:

- Beinahe immer treten Spannungen mit Schutz- und Erholungslandschaften auf, an denen unser kleinräumiges Land so reich ist (65). Zwar vernarben viele Wunden im Laufe der Zeit. So hat sich etwa das Eisenbahnnetz wenigstens optisch in hohem Grad in die Landschaft integriert, und vielfach bieten sich dem Betrachter des Nebeneinanders von Natur und Technik eindrückliche Bilder, vor allem im Alpenraum. Das gleiche darf von einzelnen Autobahnabschnitten gesagt werden. Aber ebensoviele Landschaftsverschandelungen werden nicht mehr verschwinden, denken wir nur an die Fernleitungen für die elektrische Energie, an Eisenbahnlinien entlang von Seeufern, an Autobahnen in Rebwirtschaftsgebieten usw. Es hängt viel vom Willen und vom Geschick der Erbauer dieser Werke, oft aber auch auch von den Finanzen ab, wie solche Konflikte mit der Landschaft bewältigt werden können. Der Jurist kann nicht mehr beitragen, als dafür zu sorgen, dass entsprechende Grundsätze in die Gesetzgebungen eingehen. Als Beispiele seien erwähnt:

  - Art. 24 sexies BV betreffend den Natur- und Heimatschutz erteilt dem Bund in Absatz 2 den Auftrag, bei der "Erfüllung seiner Aufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten". Frucht dieses Auftrages ist das Bundesgesetz vom 1.7.1966 über den Natur- und Heimatschutz. Art. 2 dieses Gesetzes enthält einen langen, nicht abschliessenden Katalog

---

64 Zaugg N 30 zu Art. 4 und N 5 zu Art. 29 BauG

65 z.B. BGE 97 I 587 betr. die Beeinträchtigung des Stadt- und Flussbildes von Zürich durch eine National- und Expressstrasse, BGE 98 Ib 218 E 7 betr. eine Hauptstrasse Aarau-Autobahn N 1, welche eine Waldrodung bedingte, die aus wirtschaftlichen Erwägungen statt einer Tunnellösung in Kauf genommen werden muss.

dazu, was unter der "Erfüllung einer Bundesaufgabe" zu verstehen ist. Die Planung, Errichtung und Veränderung von Nationalstrassen, Bundesbahnen, zu konzessionierenden Verkehrsanlagen und Anlagen zur Beförderung von Energie u.v.a. sind ausdrücklich erwähnt (66).

- Art. 5 des Bundesgesetzes vom 8.3.1960 über die Nationalstrassen (67) hält in Absatz 2 fest, dass die von diesen Strassen verlangten hohen verkehrstechnischen Anforderungen, wie die sichere und wirtschaftliche Abwicklung des Verkehrs (Abs. 1) gegen andere schutzwürdige Interessen, zu denen auch der Natur- und Heimatschutz gezählt werden, abzuwägen sind.

- Auch die Land- und die Forstwirtschaft werden durch die Anlagen der Erschliessung und Versorgung vielfach beeinträchtigt:
  - Oft wird bestgeeignetes Land in Anspruch genommen, das manchmal mit erheblichen Aufwendungen melioriert worden ist. Aus dieser Sicht sind die Proteste im unteren Emmental und im Oberaargau über die geplante Schnellbahn Bern - Zürich verständlich (68).
  - Die Zerschneidung zusammenhängender landwirtschaftlicher Flächen und Wälder durch Strassen und Eisenbahnen zerstückelt Betriebe und erschwert die Bearbeitung von Restgrundstücken. Die Abtrennung von den Betriebsgebäuden sowie die Aufhebung von Niveauübergängen bei Bahnen verlängern die Arbeitswege (69).
  - Masten von Elektrizitäts- und Telefonleitungen beeinträchtigen eine rationelle Bodennutzung.

Der Gesetzgeber gibt auch hier Anweisungen für die Behebung oder Linderung von Konflikten. Art. 5/2 des BG über die Nationalstrassen nennt die wirtschaftliche Nutzung des Grundeigentums als Interesse, das bei der Trasseführung zu berücksichtigen ist. Das Bundesgesetz vom 24.6.1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (70) enthält in den Art. 5ff. detaillierte Grundsätze zur Erhaltung einer zweckmässigen Grundstücksnutzung. Im übrigen werden Leitungen, wenn es technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist, in den Boden verlegt (71).
Allerdings kann die Anlage von Strassen und Eisenbahnen auf indirekte Weise der Landwirtschaft auch zu Gute kommen, nämlich dann, wenn sie die Durchführung notwendiger Meliorationen veranlasst (72).

---

66 SR 451. Im einzelnen Munz S. 26ff.
67 SR 725.11
68 z.B. Tages-Nachrichten, Münsingen, vom 14.8.1974 S. 5
69 Zu letzterem wies die Kantonale Landwirtschaftliche Schule Rütti/Zollikofen anhand eines Falles in der bernischen Gemeinde Jegenstorf eine ganze Reihe erheblicher Erschwernisse nach. Für den Wald Zürcher S. 70
70 SR 734.0
71 BGE 96 I 513
72 Die Landwirtschaftsdirektion des Kantons Bern meldet in den Jahren 1968 - 1971 neun Landumlegungen als Folge von Strassenbauten des Bundes und des Kantons (Berichte über die Staatsverwaltung des Kantons Bern 1968 - 1971, Abschnitt Landwirtschaftsdirektion, Meliorationswesen). Eine Uebersicht hierzu ist im Planungsatlas III, S. 80 zu finden

In den ORL-Leitbildern wird die Schaffung eines Leitungskorridors von Genf nach St. Gallen vorgeschlagen, in dem alle wichtigen Energieleitungen konzentriert werden sollen (73). Es ist zweifelhaft, ob angesichts der bereits vorhandenen Anlagen und der damit geschaffenen Sachzwänge eine Realisierung noch zu erwarten ist.
Von untergeordneter Bedeutung sind heute weitere Nutzungen wie die *Jagd*, die *Fischerei*, die Aneignung wildwachsender Beeren und Pilze. Sie sind Gegenstände eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Gesetzgebung (74).

5. ZUSAMMENFASSUNG

Wir unterscheiden eine einheitliche Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet, welche sich mit der Begrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet begnügt, allenfalls überlagert durch einzelne, kleine Schutzgebiete wie Landschaftsschutzgebiete, Skipisten usw., und eine differenzierte Nutzungsordnung, welche neben übrigem Gemeindegebiet und allenfalls Sondergebieten Landwirtschaftszonen kennt. Beide Konzeptionen, wobei zweite nicht eine Alternative darstellt, sondern eine Weiterführung und Verfeinerung der ersten ist, finden ihren Niederschlag in neueren kantonalen Bau- und Planungsgesetzen sowie im künftigen Raumplanungsgesetz des Bundes.
Die einheitliche Nutzungsordnung vermag eine Ueberlagerung verschiedener Nutzungen kaum in geordnete Bahnen zu lenken. Möglichkeiten bieten allenfalls detaillierte Landschafts- und Nutzungsrichtpläne, doch sind deren Rechtswirkungen gering. Eine differenzierte Nutzungsordnung verspricht eine bessere Lenkung der verschiedenen Nutzungen. Vor allem können Gebiete, die wegen ihrer Eignung oder im Gesamtinteresse der Landwirtschaft zu erhalten sind, von allen anderen Nutzungen weitgehend freigehalten werden, indem sie als Landwirtschaftszonen ausgeschieden werden. Nachträgliche Umzonungen sind dabei nur aus besonders triftigen Gründen zulässig.
Im übrigen Gemeindegebiet kommen folgende Nutzungen vor: die Landwirtschaft einschliesslich der Rebwirtschaft und des Gartenbaus, die Forstwirtschaft, zu der auch die Aufforstung neuer Gebiete gehört, Jagd und Fischerei, der Abbau von Lagerstätten, die Erholung, die Massnahmen und Vorkehren der militärischen Landesverteidigung, die Wassernutzung und Nutzbarmachung der Wasserkräfte, die Anlage von Netzen des Verkehrs und der Energieversorgung. Diese Nutzungen sind teils durch Spezialgesetzgebungen umfassend geregelt, teils rechtlich noch kaum erfasst, wie etwa die Erholung. Die Instrumente der Raumplanung für die Gebiete ausserhalb der Siedlungen sollen dazu dienen, die Nutzungen in dem zur Verfügung stehenden Raum optimal zu verteilen und aufeinander abzustimmen.

---

73 ORL-Leitbilder I S. 346f.
74 Art. 25 BV, Art. 699/1 ZGB. Einzelheiten bei Munz, S. 13ff.

G Die Baumöglichkeiten im besonderen

1. DER BEGRIFF DER BAUTE UND DIE BAUBEWILLIGUNG

1.1 Der Begriff der Baute

Dieser Begriff ist nicht leicht zu fassen. Wir bekommen ihn am ehesten auf induktivem Weg in den Griff, indem wir vom engeren (75) Begriff des Gebäudes ausgehen. Darunter wird "ein wenigstens teilweise umbauter Raum zum Schutz von Personen und Sachen gegen atmosphärische Einwirkungen" verstanden (76). Im weiteren gehören zu den Bauten Werke, die andere Funktionen ausüben, wie Stützmauern, Brücken, Schwimmbassins, Abwassergruben, Antennenmasten usw. Sie werden durch bautechnische Vorgänge mehr oder weniger fest mit dem Erdboden verbunden (77). Unerheblich ist, ob sie dem Hoch- oder dem Tiefbau zuzurechnen sind.
Die Baurechtsgesetzgeber suchen einer hinreichenden Umschreibung des Bautenbegriffs durch detaillierte Aufzählungen beizukommen. Art. 1 BauG BE und Art. 4/1/a und b des Baubewilligungsdekrets gehen dabei von der Unterscheidung zwischen Gebäuden und Gebäudeteilen sowie anderen baulichen Anlagen aus (78).

1.2 Die Baubewilligung

Die Umschreibung des Bautenbegriffs ist von Bedeutung, weil die Neuanlage, die Erweiterung und Aenderung von Bauten dem Baubewilligungserfordernis unterworfen sind (79). Die Baubewilligung ist die behördliche Feststellung, dass ein Bauvorhaben so, wie es zur Beurteilung vorgelegt wird, den geltenden Bau- und Planungsvorschriften entspricht, seiner Realisierung also keine bau- und planungsrechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Sie ist eine Polizeierlaubnis (80) und begründet keine neuen Rechte, insbesondere keine wohlerworbenen (81). Andererseits steht es nicht im Ermessen der Baupolizeibehörde, ob sie Baubewilligungen erteilen will. Wenn keine Bau- und Planungsvorschriften entgegenstehen, muss die Bewilligung für das vorgelegte Bauprojekt erteilt werden (82). Deshalb bestimmt Art. 32/1 des bernischen Dekrets über das Baubewilligungsverfahren:

---

75 BauG BE Art. 1 Abs. 1 lit. a, Zaugg N 9 hierzu, Zimmerlin N 3 al. 3 zu § 7 BO Aarau, Bartram S. 47f.
76 Siegenthaler, MbVr 69 (1971) N 35 S. 180, 70 (1972) N 28 S. 113, BGE 99 Ia 120
77 Bartram S. 47
78 VGE vom 20.5.1974 i.S. Räss, E 3. Aehnlich BauG BL § 118, BauG SG Art. 78
79 Zaugg N 7 zu Art. 1 BauG
80 Zaugg N 1 zu Art. 1 BauG, Imboden, Verwaltungsrechtssprechung II Nr. 441, Zimmerlin N 13 zu § 12 BO Aarau, BGE 94 I 344 E 4a
81 Imboden a.a.O. Bemerkung I, Zimmerlin a.a.O.
82 Imboden a.a.O. Bemerkung II, Zimmerlin a.a.O. N 7

> Ein Bauvorhaben ist zu bewilligen, wenn es den öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht widerspricht, die öffentliche Ordnung nicht gefährdet, und wenn ihm keine Hindernisse der Planung im Sinne der Artikel 55 und 56 des Baugesetzes entgegensehen. Anderfalls ist das Baugesuch abzuweisen (Bauabschlag).

Diese Bestimmung enthält auch den Vorbehalt, dass nicht nur die Verletzung spezifischer Bau- und Planungsvorschriften zur Verweigerung der Baubewilligung, zum "Bauabschlag", führt, sondern dass dies auch aufgrund allgemeiner polizeilicher Interessen geschehen kann (83). Diese werden rechtlich durch das Institut der "polizeilichen Generalklausel" erfasst (84). Ihre Anwendbarkeit dürfte in dem immer umfassenderen Baurecht allerdings gering sein, weshalb wir nicht näher auf sie eintreten.

1.3 Weitere Tatbestände, die der Baubewilligungspflicht unterliegen

Die Baugesetze unterstellen neben den Bauten noch weitere Werke und technische Vorgänge, die nicht oder kaum als Bauten gelten können, dem Baubewilligungserfordernis. Sie werden als Anlagen oder Vorkehren bezeichnet (85). Mit den Bauten gemeinsam ist ihnen die Beanspruchung von Boden oder Gewässern. Diese Inanspruchnahme kann sehr intensiv sein, so beim Abbau von Lagerstätten oder bei Terrainveränderungen, oder nur locker, etwa beim Aufstellen von Wohnwagen. In den Baugesetzen finden sich lange Aufzählungen solcher Vorkehren, die untereinander ausser der Bodenbeanspruchung und der hierin begründeten Baubewilligungspflicht kaum Gemeinsamkeiten aufweisen (86). Im Zusammenhang mit der Nutzungsordnung des übrigen Gemeindegebiets sind folgende baubewilligungspflichtigen Tatbestände von Bedeutung:

- Materialentnahmestellen wie Steinbrücke, Kies- und Lehmgruben (87).
- Ablagerungsplätze für gewerbliche und industrielle Erzeugnisse, Bau- und andere Materialien, ausgediente Fahrzeuge, Maschinen und Geräte sowie für Abfälle jeder Art (88).
- Terrainveränderungen wie Auffüllungen und Abgrabungen von einer gewissen Höhe an (89).

---

83 Imboden a.a.O. Bemerkung III, Zimmerlin a.a.O. N 7
84 Einzelheiten bei Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 223
85 Zaugg N 9 al.2 zu Art. 1 BauG, Zimmerlin N 7 zu § 7 BO Aarau, Bartram S 47ff.
86 Art. 4/1/c - f und /2 Baubewilligungsdekret BE, Art. 78/g - o BauG SG, § 7/1/e - k BO Aarau
87 Art. 4/1/c Baubewilligungsdekret BE, Art. 78/g BauG SG, § 118/1/b BauG BL, Art. 5/b RPG GR
88 Wortlaut des Art. 4/1/d Baubewilligungsdekret BE, ferner Art. 78/g, h BauG SG, § 118/3 BauG BL, Art. 5/b RPG GR
89 Art. 4/2/b Baubewilligungsdekret BE, § 118/1/b BauG BL

- Das Einrichten von Campingplätzen und das Aufstellen einzelner Wohnwagen ausserhalb bewilligter Campingplätze über eine bestimmte Dauer hinaus (90).
- Die Aenderung der Zweckbestimmung und die Erneuerung von Bauten und Anlagen, wenn durch diese Aenderungen baurechtlich relevante Tatbestände betroffen werden, wie bei solchen, welche die Zonenvorschriften berühren oder zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen führen (91).

Die Baubewilligungspflicht für solche Anlagen und Vorkehren ist ein wichtiges Instrument zur Realisierung und Aufrechterhaltung von Zonenordnungen. So kann verhindert werden, dass in Landschaftsschutzzonen oder in Landwirtschaftszonen Steinbrüche oder Kiesgruben eröffnet, Autofriedhöfe errichtet oder Campingplätze angelegt werden. Das bernische Baurecht fasst die baubewilligungspflichtigen Tatbestände unter dem Oberbegriff der *Bauvorhaben* zusammen (92).

2. Auswirkungen der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet auf die Baumöglichkeiten

In Ziff. F sind die wesentlichen Nutzungsarten im übrigen Gemeindegebiet beschrieben worden. Das Raumplanungsrecht sucht, losgelöst von den Spezialgesetzgebungen für die einzelnen Nutzungsarten, eine Koordination zwischen den Nutzungen herzustellen. Dabei bleibt jedoch ein enger Zusammenhang zum Baurecht gewahrt. Gesetzestechnisch kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass das Planungs- und Baurecht meist im gleichen Gesetz untergebracht werden. Das Planungsrecht gibt verbindliche Anweisungen, welche Bauten, Anlagen und Vorkehren im übrigen Gemeindegebiet zulässig sind. Es wäre unzweckmässig, dies den einzelnen Sachgesetzgebungen zu überlassen. Das liefe auf eine noch grössere Aufsplitterung der bau- und planungsrechtlichen Vorschriften hinaus, als sie schon vorhanden ist. Beispiele sind das Gewässerschutzrecht, das in Art. 20 GSchG eine raumplanerische Komponente für die Zulässigkeit von Bauten im übrigen Gemeindegebiet enthält, und die Bestimmungen der Forstgesetzgebung über die Zulässigkeit von Bauten im Wald und in Waldesnähe (93).
Eine konsequente planungsrechtliche Ordnung wird im übrigen Gemeindegebiet nur solche Bauten, Anlagen und Vorkehren gestatten, die den

---

90 Art. 4/1/e und /2/a Baubewilligungsdekret BE, Art. 78 k, 1 BauG SG, § 118/3 BauG BL, Art. 5/b RPG GR. Für diese Gruppe ist die Vielfalt der gesetzlichen Regelungen schier unerschöpflich. Jeder Kanton lässt sich etwas anderes einfallen. Was im einen ohne Bewilligung möglich ist, ist im anderen bewilligungspflichtig. BGE 99 Ia 113, insbes. E 3 S. 119ff. Für die bernische Regelung hinten Ziff. J.2.251

91 auszugsweise Wiedergabe von Art. 5/1/d Baubewilligungsdekret BE, ferner Art. 78/o BauG SG

92 Art. 2 Abs. 1 BauG, VGE vom 20.4.1974 i.S. Räss E 3

93 Art. 28f. FPolV, Art. 14f. ForstG BE

zulässigen Nutzungsarten dienen, ohne die solche Nutzungen nur erschwert oder überhaupt nicht sinnvoll ausgeübt werden könnten. Solche Bauvorhaben sind also *standortgebunden*. Weil sie den zugelassenen Bodennutzungen dienen, sind sie zugleich *zonenkonform*.

3. Auswirkungen des traditionellen Baupolizeirechts auf die Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet

Das Modell der Zonenkonformität von Bauten, Anlagen und Vorkehren im übrigen Gemeindegebiet ist in den schweizerischen Bau- und Planungsgesetzen nicht rein verwirklicht. Die Gründe liegen darin, dass sich das Raumplanungsrecht im wesentlichen aus dem Baurecht entwikkelt hat und weitgehend von der Eigentumsgarantie geprägt ist. Deshalb finden sich in den Bestimmungen über die im übrigen Gemeindegebiet zulässigen Bauten, Anlagen und Vorkehren oft Reste aus der Zeit, da das Bauen im ganzen Gemeindegebiet möglich war und sich die Baugesetze vorwiegend auf die Gefahrensabwehr beschränkten (94). Eine schematische Uebernahme des in Ziff. 2 dargestellten Modells in die Planungsgesetze ist aus zwei weiteren Gründen nicht gerechtfertigt. Gelegentlich können gerade Interessen eines geordneten Raums ein Abgehen von der Zonenordnung gebieten. Schliesslich soll auch eine Möglichkeit bestehen, in Einzelfällen einen gewissen Ausgleich zwischen der Strenge einer Zonenordnung und schützenswerten Interessen der betroffenen Grundeigentümer herzustellen (95). Das Institut, das die Berücksichtigung solcher Sachverhalte erlaubt, ist das *Ausnahmerecht*. In den Gesetzen finden wir die verschiedenartigsten Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmen oder Dispensen von der Einhaltung der Nutzungsvorschriften des übrigen Gemeindegebiets. Einige umschreiben sie allgemein, andere helfen sich mit der Aufzählung von Ausnahmetatbeständen oder von Tatbeständen, welche die Erteilung von Ausnahmen ausschliessen.

4. Stufen der baulichen Nutzungsmöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet, dargestellt an einigen Bau- und Planungsgesetzen

Wir können Stufen unterscheiden, die von relativ grosszügigen Baumöglichkeiten im ganzen Gemeindegebiet zu einer planmässigen und geordneten Nutzung des übrigen Gemeindegebiets führen, welche sich grundsätzlich nach dem Modell der Standortgebundenheit und Zonenkonformität von Bauten, Anlagen und Vorkehren richtet und deshalb Einschränkungen der Baumöglichkeiten, in besonderen Fällen gar vollständige Bauverbote nach sich zieht.

a) Solange die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet fehlt, ist das Bauen im ganzen Gemeindegebiet gestattet. Wo Baureglemente bestehen, sind gewisse Polizeivorschriften, die primär der Gefahrenabwehr dienen, allenfalls auch Erschliessungsvorschriften einzuhalten. Dieser Rechtszustand bestand im Kanton Bern unter der Herrschaft

---

94 Beispiele sind die Art. 24/2/b - d BauG BE, hinten Ziff. J.2.22 - 24
95 Beispiele in Ziff. J.2.252, 255

des AlignementsG und des BVG in den Gemeinden, welche von der Ermächtigung zum Erlass von Zonenplänen keinen Gebrauch machten oder das ganze Gemeindegebiet in verschiedene Bauzonen oder -klassen aufteilten.

b) In den Anfängen der Nutzungsplanung konnte man sich noch nicht zu wirksamen Baubeschränkungen für die nicht dem Baugebiet zugeteilten Gebiete entschliessen. Gelegentlich wurde zwar die Errichtung von Industrie- und Gewerbebetrieben untersagt. Sollte die Abgrenzung aber einen Sinn haben, mussten andere Anknüpfungspunkte gesucht werden. Man fand sie bei der Erschliessung. Die "mildere" Lösung bestand darin, dass die gesamten Kosten für die Erschliessung nichtlandwirtschaftlicher Bauten im übrigen Gemeindegebiet auf die Grundeigentümer überwälzt wurden. Die "schärfere" Lösung wandte indirekte Planungsmittel an. Sie bestanden in der Verweigerung von Anschlüssen nichtlandwirtschaftlicher Bauten an die öffentlichen Versorgungsnetze, insbesondere an die Wasserversorgung und an die Kanalisation. Die Verweigerung eines solchen Anschlusses führte, da nun die hinreichende Erschliessung als Voraussetzung der Bewilligung fehlte, zum Bauabschlag.
Die mildere Lösung kannte der Kanton Bern während der Geltungsdauer des BVG (96), die schärfere wurde insbesondere im Kanton Zürich praktiziert (97).
Zu dieser Stufe ist auch die Regelung des BauG SG für das übrige Gemeindegebiet zu zählen. Nach Art. 21/2 sind andere als standortgebundene Bauten und Anlagen in diesem Gebiet zulässig, wenn die Erschliessung ohne die Gemeinde zu belasten sichergestellt ist, das Landschafts- und Ortsbild nicht beeinträchtigt und die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde nicht gestört wird. Grössere, zusammenhängende Ueberbauungen sind zudem nur mittels eines Ueberbauungsplans gestattet.

c) Die nächste Stufe besteht darin, dass im übrigen Gemeindegebiet grundsätzlich nur der Land- und Forstwirtschaft dienende Bauten, Anlagen und Vorkehren zulässig sind. Andere Bauvorhaben können bloss mittels Ausnahmebewilligungen errichtet werden. Dies betrifft nicht nur zonenfremde Vorhaben, sondern auch solche, welche einer anderen zulässigen Nutzung dienen, wie der Erholung oder dem Abbau von Lagerstätten. Diese unterschiedliche Behandlung an sich zonenkonformer Bauten, Anlagen und Vorkehren findet sich in Art. 23/24 BauG BE, § 11/2,2 BauG BL, § 129 BauG AG, Art. 31/1 in Verbindung mit Art. 9 RPG GR. Einzig das BauG SG geht in den Art. 20/1,2 und 21/1,2 von einer klaren Trennung standortgebundener und anderer Bauvorhaben aus. Erstere sind sowohl in den Landwirtschaftszonen wie im übrigen Gemeindegebiet ohne Ausnahmebewilligung zulässig, wobei zu beachten ist, dass die zulässigen Nutzungen in der Landwirtschaftszone gegenüber denjenigen im übrigen Gemeindegebiet beschränkt ist, nämlich auf die Landwirtschaft, was sich auf die als "standortgebunden" zu bezeichnenden Bauten, Anlagen und Vorkehren auswirkt.

---

96 Einzelheiten vorn Ziff. E.3.2 und hinten Ziff. H.2
97 Grundlage bildet Art. 68/c/1,2 BauG. Hierzu Blocher S. 57f. Estermann S. 197ff., Hintermann S. 135ff., Schwarz S. 86ff., BGE 79 I 234, 94 I 496, ZBl 73 (1972) S. 102

Wie bereits erwähnt, finden sich verschiedene Umschreibungen der Voraussetzungen für Ausnahmen von den Nutzungsvorschriften des übrigen Gemeindegebiets. Gemeinsam ist ihnen, dass ein wichtiger Grund, ausserordentliche Verhältnisse oder eine unverhältnismässige Härte vorliegen muss sowie, kumulativ hierzu, die zu erteilende Ausnahme keine öffentlichen Interessen verletzen darf. Mit einer solchen allgemeinen Umschreibung begnügt sich beispielsweise Art. 9 RPG GR. Andere Gesetze umschreiben die zu anerkennenden Gründe näher so § 11/1 BauG BL (98), oder die öffentlichen Interessen, wie § 129/2/2. Satz BauG AG (99). Das BauG BE enthält im Art. 24 eine beispielhafte Aufzählung sowohl wichtiger Gründe wie öffentlicher Interessen (100).

d) Einen anderen Weg beschreitet Art. 20 GSchG. Er verlangt für die Erteilung von Baubewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb des GKP den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses. Unter diesem Gesichtspunkt sind sämtliche Bauvorhaben zu prüfen. Eine unterschiedliche Behandlung von standortgebundenen und anderen Bauten ergibt sich erst durch die Auslegung des Begriffs des sachlich begründeten Bedürfnisses.

e) Wo neben dem übrigen Gemeindegebiet Landwirtschaftszonen ausgeschieden werden, sind auch die Baumöglichkeiten zu differenzieren. Einmal sind die Kategorien der standortgebundenen und zonenkonformen Bauvorhaben in der Landwirtschaftszone weniger zahlreich als im übrigen Gemeindegebiet. Darüberhinaus sind die Voraussetzungen für die Baubewilligung nichtstandortgebundener Bauten, Anlagen und Vorkehren in jener strenger als in diesem (101).

f) In Gebieten, die mit besonderen Massnahmen belegt werden, wie in Natur- und Landschaftsschutzzonen, Grundwasserschutzzonen, im Skigelände, in Gefahrenzonen usw. sind einschneidende Baubeschränkungen möglich, die je nach dem Zweck der Zone bis zu totalen Bauverboten führen können.

---

98 "Der Regierungsrat kann aus wichtigen Gründen auf Antrag der Gemeinde für andere Bauten Ausnahmebewilligungen erteilen, *sofern deren besondere Zweckbestimmung die Verlegung in das Land- und Forstwirtschaftsgebiet rechtfertigt* und dadurch die öffentlichen Interessen nicht beeinträchtigt werden". Sinngemäss gleich lautet Art. 20/3 BauG SG für die Landwirtschaftszone.

99 "Ein Bauvorhaben läuft den öffentlichen Interessen namentlich dann zuwider, wenn es entweder:
a) die natürliche Eigenart der Landschaft oder das Ortsbild beeinträchtigt,
b) die bäuerliche Bewirtschaftung wesentlich stört,
c) die ober- oder unterirdischen Gewässer gefährdet,
d) die bauliche Entwicklung der Gemeinde benachteiligt oder
e) unwirtschaftliche Aufwendungen für die Erschliessung erfordert."

100 hinten 4. Teil

101 Vgl. BauG SG Art. 20/2,3 und 21, RPG GR Art. 30/2,31/2 - 4 und Art. 9

4. Teil

Die Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet nach bernischem Recht

H Der Rechtszustand vor dem Baugesetz von 1970 und die Entstehungsgeschichte der Art. 23-25 BauG

1. DAS ALIGNEMENTSGESETZ VON 1894

Dieses Gesetz enthielt keine einwandfreie gesetzliche Grundlage für den Erlass von Zonenplänen und die Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet (1). Deshalb fehlten auch kantonale Vorschriften über das Bauen im übrigen Gemeindegebiet bzw. die Ermächtigung an die Gemeinden, solche zu erlassen. Gleichwohl versuchten einzelne Gemeinden, die Bautätigkeit in den Landwirtschaftszonen einzudämmen. So bestimmte Art. 50 des BR von Herzogenbuchsee vom 5.2.1954:

> Bauzone VI Landwirtschaftszone.
>
> a) Sie umfasst das ganze Gemeindegebiet, ausser Zonen I - V.
>
> b) In dieser Zone sollen vorläufig nur Gebäude errichtet werden, die dem Landwirtschaftsbetrieb dienen. Das Gebiet wird für eine spätere Bebauung vorgesehen, damit zuerst das baureife Land in den Bauzonen I - IV überbaut wird.
>
> Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Gemeinde nicht verpflichtet, in diesem Gebiet Strassen, Wasserleitungen, Kanalisationen und Werkleitungen für andere als landwirtschaftliche Bauten zu erstellen. Für nichtlandwirtschaftliche Bauten gelten die Bestimmungen der Bauzone III.

Deutlich ist aus Absatz b) Satz 1 zu lesen, dass im kantonalen Recht keine klare gesetzliche Grundlage für solche Anordnungen besteht. Ein direktes Verbot nichtlandwirtschaftlicher Bauten fehlt. Es "sollen vorläufig nur" der Landwirtschaft dienende Gebäude erstellt werden. Dieser Grundsatz hat nur den Charakter eines Programmsatzes. Es fehlt ihm die normative Kraft eines Rechtssatzes als generelle und abstrakte Norm, "welche natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln" (2). Rechtssatzcharakter hat dagegen der Satz, der die Gemeinde von der Erstellung von Erschliessungsanlagen für andere als landwirtschaftliche Bauten entbindet. Die Kompetenz zur Einführung dieses Grundsatzes wurde den Gemeinden erst in Art. 6/4 BVG ausdrücklich erteilt. Bedeutend weiter ging Art. 2 des BR Duggingen vom 26.1.1951:

---

1 vorn Ziff. E.3.21

2 Art. 5 Abs. 2 des BG über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Formen, die Bekanntmachung und das Inkraftreten ihrer Erlasse vom 23.3.1962, SR 171.11

> Das Gemeindegebiet wird gemäss Zonenplan, der einen integrierenden Bestandteil des Baureglements bildet, in zwei Zonen eingeteilt:
>
> A = Baugebiet
> B = Land- und Forstwirtschaft
>
> Nichtlandwirtschaftliche Bauten sind in der Zone B nicht zulässig.

Diese Reglementsbestimmung enthielt einen echten Rechtssatz, der das Verbot nichtlandwirtschaftlicher Bauten in der Zone B statuierte. Der Regierungsrat erteilte solchen Nutzungsbestimmungen, aber auch den Programmsätzen die Genehmigung. Als gesetzliche Grundlage führte er die §§ 1 und 18 AlignementsG an, welche die Gemeinden zum Erlass von Alignementsplänen bzw. baupolizeilicher Vorschriften ermächtigten. Er stützte sich ferner auf Art. 1 des Einführungsgesetzes vom 23.11.1952 zum EGG, der erklärt, dass das landwirtschaftliche Areal des Kantons Bern nach Möglichkeit seinem Zweck erhalten bleiben solle und dass der Staat die einer sinnvollen Verwendung des Kulturlandes dienende Ortsplanung fördere (3). Konsequenterweise wies er dann als Rekursinstanz im Baubeschwerdeverfahren das Baugesuch für ein Wochenendhaus in der Zone B der Gemeinde Duggingen ab (4). Im Licht der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, die für den Erlass einer Landwirtschaftszone eine klare gesetzliche Grundlage fordert, erscheint es nicht abwegig, wenn von "etwelcher Interpretationskunst" für den Nachweis einer solchen Grundlage gesprochen wurde (5).

2. DAS BAUVORSCHRIFTENGESETZ VON 1958

Es brachte neben der Ermächtigung an die Gemeinden zur Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet (Art. 6/1) eine Bestimmung über die Wirkung der Landwirtschaftszone, nämlich Abs. 4 von Art. 6, der lautete:

> Die Gemeinden können vorschreiben, dass auf dem der Land-, Forst- und Rebwirtschaft vorbehaltenen Gebiet (Landwirtschaftszone) nichtlandwirtschaftliche Bauten nur bewilligt werden, wenn Staat und Gemeinde durch Bau und Unterhalt der für die Erschliessung nötigen Strassen, Kanalisations- und Werkleitungen nicht belastet werden. Ausnahmen von den Vorschriften über die Landwirtschaftszonen können sinngemäss nach Art. 15 bewilligt werden.

Ausser diesem Prinzip der vollen Kostenüberwälzung auf die bauwilligen Grundeigentümer konnten die Gemeinden der Landwirtschaftszone keine weiteren Wirkungen beilegen. Insbesondere erschien nach überwiegender Anschauung ein Verbot bestimmter Kategorien von Bauten

---

3 Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern Jahrgang 1952 S. 309. Vgl. auch vorn Ziff. F.3.41 a.E.
4 MbVR 53 (1955) S. 29 ff.
5 Gygi, Baugesetzgebung, S. 218

unzulässig (6). Das Bundesgericht äusserte sich zwar anlässlich seiner Ueberprüfung des Baureglements von Bolligen (s. unten) im gegenteiligen Sinn. Es vertrat die Auffassung, es wäre gestützt auf Art. 6/4 BVG sogar ein gänzliches Verbot nichtlandwirtschaftlicher Bauten zulässig (7). Diese höchstrichterliche Meinungsäusserung blieb jedoch in der Rechtsetzung der Gemeinden ohne Widerhall (8). Es blieb dabei, dass die Gemeinden regelmässig bloss die Ueberwälzung der Erschliessungskosten auf die Bauherren einführten. Daneben wurden allerdings meist die Zonenvorschriften einer bestimmten Bauzone, vielfach der Wohnzone W 1 oder W 2 mit ein- bzw. zweigeschossiger Bauweise, als massgebend für nichtlandwirtschaftliche Bauten erklärt. So wurden wenigstens nichtlandwirtschaftliche Gewerbebetriebe und Industrien vom übrigen Gebiet ferngehalten (9). In seiner Wirkung brachte das BVG somit kaum mehr als eine blosse Sanktion der bestehenden Rechtslage, kannten doch schon etliche Gemeindebaureglemente das Prinzip der Ueberwälzung der Erschliessungskosten für nichtlandwirtschaftliche Bauten (10). Diese konnten nicht verhindert werden, wenn sie den massgebenden Zonenvorschriften entsprachen und die Bauherren Erstellung und Unterhalt der Erschliessungsanlagen auf sich nahmen. Estermann bezeichnete die "Landwirtschaftszone" des BVG als "Bauzone der wirtschaftlich Privilegierten" (11). Einzelne Gemeinden versuchten, solche Bauten mit indirekten Mitteln von der Landwirtschaftszone fernzuhalten. Hierzu gehörten:

- Die Verweigerung von Anschlüssen an öffentliche Erschliessungswerke wie Wasserversorgung und Kanalisation oder die Weigerung, ungeeignete Erschliessungsanlagen zu anerkennen (12). Allerdings war die Möglichkeit der Verweigerung des Anschlusses an die öffentliche Wasserversorgung stark eingeschränkt, da das geltende Recht über die Wasserversorgung eine weitgehende gesetzliche Wasserversorgungspflicht der Gemeinden statuiert (13).

- Die drastische Reduktion der baupolizeilichen Masse und die Einführung niedriger Ausnützungsziffern. Die Bestimmungen der Bauordnung der Stadt Bern wurden bereits erwähnt (14). Die Gemeinde Bolligen unterstellte in ihrem Baureglement vom 15.1.1963 in Art. 44 nichtlandwirtschaftliche Bauten den Vorschriften der

---

6 Gygi, Baugesetzgebung, S. 226, Siegenthaler MbVR 56 (1958) S. 75, Schwarz S. 85, Estermann S. 195 f., Entscheid des Regierungsrates in MbVR 64 (1966) S. 140. Nicht ganz so eng wurde die Bestimmung vom Regierungsrat noch im Entscheid MbVR 62 (1964) S. 302 gesehen. Weitergehende Bedeutung schien der Bestimmung einzig Dürr, S. 43, geben zu wollen.

7 BGE 89 I 193

8 Möglicherweise beruhte sie auf einem Versehen. In BGE 99 Ia 70, also im Jahre 1973, schloss sich das Gericht der herrschenden Auffassung an, ohne zum früheren Urteil Stellung zu nehmen.

9 So die BO Thun vom 16.8.1963, Art. 11/1 (W 1) und das BR Konolfingen vom 22.2.1966, Art. 47/2 (W 2).

10 So der oben zit. Art. 50 BR Herzogenbuchsee. Weitere Beispiele bei Schwarz S. 76 f.

11 S. 192, 196

12 vorn Ziff. G.4.c

13 Zaugg, N 23 ff zu Art. 4 BauG, hinten Ziff. J.3.232

14 vorn Ziff. E.3.21

Zone E 1, die nur freistehende Ein- und Doppeleinfamilienhäuser zulässt. Die Ausnützungsziffer wurde auf 0,1 festgesetzt (15). Die Vorschriften erhielten die regierungsrätliche Genehmigung und hielten auch der bundesgerichtlichen Ueberprüfung stand (16).

Bei alledem handelte es sich um Notlösungen. Da die Mehrzahl der bernischen Gemeinden die Abgrenzung des Bau- vom übrigen Gebiet überhaupt nicht vornahm (17), weil eine Planungspflicht fehlte, blieben sie gesamthaft gesehen weitgehend wirkungslos.

3. DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER ART. 23 - 25 BauG

Die Nutzungsbestimmungen für das übrige Gemeindegebiet in den Art. 23 - 25 BauG wurden, wie die Art. 13 - 15 über die Planungspflicht der Gemeinden, in verschiedenen Fassungen vorgelegt.

3.1 Der Entwurf I zum BauG

Dieser Entwurf verwendet erstmals den Begriff des übrigen Gemeindegebiets anstatt der Begriff übriges Gebiet oder Landwirtschaftszone. Er enthielt folgende Nutzungsbestimmungen:

4. Uebriges Gemeindegebiet, Landwirtschaftszone

a) Zweckbestimmung

Art. 29

[1]Das übrige Gemeindegebiet besteht aus dem land-, forst- und rebwirtschaftlich nutzbaren Land sowie weiteren Landflächen ausserhalb des Baugebietes.

[2]In dieser Zone dürfen, vorbehältlich Art. 30, nur Bauten bewilligt werden, die der land-, forst- oder rebwirtschaftlichen Nutzung des Bodens sowie den Wohnbedürfnissen der bäuerlichen Bevölkerung und ihrer landwirtschaftlichen Hilfskräfte dienen.

b) Bewilligungen für andere Bauten

Art. 30

[1]Bewilligungen für Umbauten und Erneuerungen werden im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung erteilt.

[2]Im übrigen können Bauten ausnahmsweise bewilligt werden, sofern die allgemeinen Voraussetzungen einer Ausnahmeerteilung erfüllt sind (Art. 69ff.) und wenn

---

15 zum Begriff hinten Ziff. L.2.1

16 MbVR 62 (1964) S. 298, BGE 89 I 188. Die Nachbargemeinde Stettlen übernahm in ihrem Baureglement vom 10.1.1969 die Ausnützungsziffer 0,1 (Art. 46/1/c).

17 vorn Ziff. E.3.22

a) die landwirtschaftliche Bodennutzung und die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzers nicht wesentlich beeinträchtigt werden;

b) die plangemäss bauliche Entwicklung nicht gehindert wird;

c) das Gemeinwesen durch Bau, Betrieb und Unterhalt der für die Erschliessung nötigen Strassen, Kanalisations- und Werkleitungen nicht belastet wird.

Art. 31

c) Bauvorschriften

Vor Erteilung der Baubewilligung im übrigen Gemeindegebiet sind von der Gemeinde oder auf dem Wege der Ersatzvornahme vom Regierungsrat die erforderlichen allgemeinen oder besonderen Bau- und Erschliessungsvorschriften zu erlassen.

3.2 Der Entwurf II zum BauG

In diesem Entwurf haben die Nutzungsbestimmungen folgenden Wortlaut:

Art. 23

4. Uebriges Gemeindegebiet
a) Begriff: zulässige Bauten

[1]Das übrige Gemeindegebiet besteht aus dem land-, forst- und rebwirtschaftlich nutzbaren Land sowie den weiteren ausserhalb des Baugebietes liegenden Bodenflächen.

[2]Im übrigen Gemeindegebiet dürfen Neubauten nur bewilligt werden, wenn sie der land-, forst- oder rebwirtschaftlichen Nutzung des Bodens oder den Wohnbedürfnissen der bäuerlichen Bevölkerung und ihrer Hilfskräfte dienen. Gestattet sind ferner standortgebundene Lagerungs- und Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion. Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe sind zugelassen, wenn in den Gemeindebauvorschriften nicht etwas anderes festgelegt ist.

[3]Bestehende nichtlandwirtschaftliche Gebäude dürfen im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung umgebaut oder erneuert werden.

Art. 24

b) Ausnahmen für andere Bauten

[1]Nichtlandwirtschaftliche Bauten können ausnahmsweise bewilligt werden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für eine Ausnahmeerteilung erfüllt sind (Art. 46) und

wenn

1. die landwirtschaftliche Bodennutzung und der bäuerliche Grundbesitz nicht wesentlich beeinträchtigt werden,
2. die plangemässe bauliche Entwicklung nicht gestört wird,
3. die Gemeinde und der Staat durch Bau, Betrieb und Unterhalt der für die Erschliessung nötigen Strassen und Anlagen nicht belastet werden.

[2]Die Ausnahmebewilligung kann von der Aufstellung und Beachtung eines Erschliessungsplans im Sinne von Artikel 73 abhängig gemacht werden.

c) Ferienhauszone

Art. 25

[1]Die Gemeinden können in einem Ueberbauungsplan bestimmt umgrenzte Teile des übrigen Gemeindegebiets für den Bau von Ferien- und Wochenendhäusern freigeben, sofern die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 - 3 erfüllt sind.

[2]Mit Sonderbauvorschriften kann die Versorgung der Ferienhauszone durch die öffentlichen Dienste, insbesondere der Kehrichtabfuhr, Schneeräumung und Glatteisbekämpfung ausgeschlossen oder von besonderen Leistungen der Grundeigentümer der Zone abhängig gemacht werden. Soweit nötig haben die Grundeigentümer eigene Dienste zu organisieren, namentlich eine einwandfreie Kehrichtbeseitigung sicherzustellen

[3]Eine Baubewilligung darf erst erteilt werden, nachdem die Erschliessung der ganzen Zone in einem Detailerschliessungsplan (Art. 73) festgelegt ist. Die darin vorgesehenen gemeinsamen Erschliessungsanlagen müssen beim Beginn der Ueberbauung der Zone erstellt werden. Die Ueberbauung hat etappenweise geordnet zu erfolgen.

Wir stellen folgende *Gemeinsamkeiten* zwischen den beiden Entwürfen fest:
Grundsätzlich sind nur der Land- und Forstwirtschaft dienende Bauten sowie Wohnbauten für die bäuerliche Bevölkerung und ihre Hilfskräfte zulässig.
Umbauten und Erneuerungen sind im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung zulässig.
Ausnahmen für neue nichtlandwirtschaftliche Bauten sind im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmen von

Bauvorschriften zulässig. Kumulativ dazu müssen drei weitere Voraussetzungen erfüllt sein: Die Interessen der Landwirtschaft an der Bodennutzung und an der Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes dürfen nicht wesentlich beeinträchtigt und die plangemässe bauliche Entwicklung nicht gestört werden. Staat und Gemeinde dürfen durch Bau, Betrieb und Unterhalt der Erschliessungsanlagen nicht belastet werden. Daneben sind, abgesehen von Differenzen in der Redaktion, verschiedene *Unterschiede materieller Natur* zu bemerken:
Art. 23/2 des Entwurfs II enthält in den Sätzen zwei und drei einen bedeutend erweiterten Katalog von Bauten, die ohne Einschränkung zulässig sind. Es betrifft standortgebundene Lagerungs- und Verarbeitsungsbetriebe der Urproduktion sowie Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe. Für die letzten drei Kategorien kann jedoch in den Gemeindebaureglementen etwas anderes festgelegt werden.
Bezüglich der Systematik der Gesetzesbestimmungen fällt auf, dass die Bestimmung über Umbau und Erneuerung bestehender nichtlandwirtschaftlicher Bauten im Entwurf II dem Artikel über die ohne Einschränkungen zulässigen Bauvorhaben zugewiesen wurde. Damit wurde eine klare Trennung zu den nur mit Ausnahmebewilligung zulässigen Bauten erreicht, dagegen die Unterscheidung zwischen Bauvorhaben, die der Land- und Forstwirtschaft und der bäuerlichen Bevölkerung dienen, und allen übrigen etwas verwischt.
Art. 24/2 des Entwurfs II sieht vor, dass die Erteilung einer Ausnahmebewilligung von einem Detailerschliessungsplan im Sinn von Art. 73 des Gesetzes abhängig gemacht werden kann. Diese Vorschrift trat an die Stelle des weitergehenden Art. 31 von Entwurf I, der in jedem Fall die Erteilung von Baubewilligungen - also auch für landwirtschaftliche Bauten - vom Erlass allgemeiner oder besonderer Bau- und Erschliessungsvorschriften durch die Gemeinde oder, auf dem Weg der Ersatzvornahme, durch den Regierungsrat verlangte.
In Art. 25 des Entwurfs II ist erstmals das Institut der Ferienhauszone geregelt.
Der Erlass dieser Nutzungsvorschriften führte sowohl in der vorberatenden grossrätlichen Kommission wie im Grossen Rat zu weitschweifigen und teilweise heftig geführten Auseinandersetzungen.
In der Kommission unterlagen die Befürworter einer reinen Landwirtschaftszone, die übrigens vor allem aus der Sozialdemokratischen Partei und nicht aus der Bauern-,Gewerbe- und Bürgerpartei stammten, mit einem Antrag auf Streichung des Art. 24. Der Antrag wurde im Grossen Rat nicht wieder gestellt. Hervorgehoben wurde der Kompromisscharakter dieser Bestimmung. Sie sollte einen Ausgleich zwischen den Interessen an der Freihaltung des übrigen Gemeindegebiets von nichtlandwirtschaftlichen Bauten und den Interessen der Grundeigentümer an möglichst ungeschmälerten Verwertungsmöglichkeiten ihres Bodens bringen (18). Betont wurde jedoch, dass die Vorschrif-

---

18 1. Lesung: Hubacher, Präsident der Kommission, Tagblatt 1969, S. 510, Guggenheim, Sprecher der Sozialdemokratischen Partei, S. 511, Kästli, Sprecher der Freisinnig-demokratischen Partei, S. 514, Läderach, Sprecher der BGB, S. 515, Krauchthaler, Horst, S. 517f, Zuber, Hubacher, Schneider (Regierungsrat, Baudirektor) S. 527
2. Lesung: Hubacher, Tagblatt 1970 S. 97, Läderach S. 97, Kästli S. 98, Krauchthaler, S. 100, Schneider S. 101f.

ten weiter als Art. 6 BVG gehen und eine wirksame Einschränkung der Bautätigkeit ausserhalb des Baugebiets zur Folge haben müssten (19). Der Baudirektor sah sich veranlasst, den Vertretern der Landwirtschaft ihre wenig auf das Gesamtinteresse bedachte Interessenpolitik vorzuhalten, die einerseits vom Gemeinwesen den Schutz ihres Standes verlangt, sich andererseits Einschränkungen des Grundeigentums, die sich gesamthaft gesehen ebenfalls zu ihren Gunsten auswirken würden, widersetze (20).
Die Beratung der einzelnen Artikel ergab folgende Ergebnisse:

- Art. 23 wurde unverändert übernommen. Ein Antrag, den Absatz 3 in dem Sinn zu ergänzen, dass bestehende nichtlandwirtschaftliche Gebäude auch erweitert werden könnten, wurde abgelehnt (21). Allerdings kam es später auch in dieser Frage zu einem Kompromiss, indem in Art. 8/2 des Normalbaureglements ausdrücklich die Erweiterung bestehender nichtlandwirtschaftlicher Betriebe zugelassen wurde.

- Zäh wurde um die Formulierung des Art. 24 gerungen. Die Bauern-, Gewerbe- und Bürgerpartei wünschte eine Konkretisierung der Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmen für nichtlandwirtschaftliche Bauten. Sie brachte deshalb einen Antrag zu einer Neufassung dieser Bestimmung mit folgendem Wortlaut vor (22):

b) Ausnahmen für andere Bauten

[1]Nichtlandwirtschaftliche Bauten können bewilligt werden, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt und keine wesentlichen öffentlichen Interessen verletzt werden.

[2]Als wichtiger Grund gilt namentlich:
a) Die touristische Förderung eines Fremdenverkehrsgebietes; Art. 25 bleibt vorbehalten.

b) Die Notwendigkeit der Mittelbeschaffung zur Sanierung und Rationalisierung eines Landwirtschaftsbetriebes.

c) Die Abgabe von Bauland für den eigenen Wohnbedarf von Angehörigen des Grundeigentümers.

d) Die Aufgabe von Landwirtschaftsbetrieben, die keine genügende Existenz bieten.

[3]Wesentliche öffentliche Interessen sind insbesondere auch betroffen, wenn

a) die landwirtschaftliche Bodennutzung oder der bäuerliche Grundbesitz erheblich beeinträchtigt werden.

b) die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde erheblich gestört wird.

19 1. Lesung: Guggenheim, Tagblatt 1969 S. 511, Kästli S. 514, Arni, S. 516, Schneider, S. 527 2. Lesung: Krauchthaler, Tagblatt 1970 S. 100
20 Tagblatt 1969 S. 528
21 Tagblatt 1969 S. 525f.
22 Tagblatt 1969 S. 526

[4] Gemeinde und Staat dürfen durch Bau, Betrieb und Unterhalt der für die Erschliessung nötigen Strassen und Anlagen nicht belastet werden. Die Bewilligung kann von einem Erschliessungsplan im Sinne von Artikel 73 abhängig gemacht werden.

Die Baudirektion arbeitete die neue Vorlage in einigen Punkten um, deren Ergebnis der Regierungsrat und die grossrätliche Kommission als gemeinsamen Antrag dem Grossen Rat anlässlich der zweiten Gesetzeslesung vorlegten. Diese überarbeitete Fassung wurde vom Rat angenommen und damit Gesetzestext.
Art. 25 schliesslich wurde in der vorgeschlagenen Form gutgeheissen.

Somit erhielten die Art. 23 und 24 BauG folgende Fassung:

4. Uebriges Gemeindegebiet
a) Begriff; zulässige Bauten

Art. 23

[1] Das übrige Gemeindegebiet besteht aus dem land-, forst- und rebwirtschaftlich nutzbaren Land sowie den weiteren ausserhalb des Baugebiets liegenden Bodenflächen.

[2] Im übrigen Gemeindegebiet dürfen Neubauten nur bewilligt werden, wenn sie der land-, forst- oder rebwirtschaftlichen Nutzung des Bodens oder den Wohnbedürfnissen der bäuerlichen Bevölkerung und ihrer Hilfskräfte dienen. Gestattet sind ferner standortgebundene Lagerungs- und Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion. Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe sind zugelassen, wenn in den Gemeindebauvorschriften nicht etwas anderes festgelegt ist.

[3] Bestehende nichtlandwirtschaftliche Gebäude dürfen im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung umgebaut oder erneuert werden.

Art. 24

[1] Aus wichtigen Gründen kann die Erstellung nichtlandwirtschaftlicher Bauten bewilligt werden, wenn keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegenstehen.

[2] Als wichtige Gründe gelten namentlich:

a) die touristische Entwicklung und Förderung von Gebieten, die wirtschaftlich auf den Fremdenverkehr angewiesen sind. Für Ferienhaussiedlungen bleibt Artikel 25 vorbehalten;

b) die Erhaltung eines Landwirtschaftsbetriebes, dessen Inhaber gezwungen ist, sich die Mittel zur Sanierung oder notwendigen Rationalisierung seines Betriebes durch die Abgabe von Bauland zu beschaffen;

c) die Ueberlassung von Bauland an Angehörige des Grundeigentümers für ihren eigenen Wohnbedarf;

d) die Aufgabe von Landwirtschaftsbetrieben, die keine genügende Existenz bieten, sofern Grund und Boden der Landwirtschaft nicht durch geeignete Massnahmen erhalten werden kann, wie Ausübung eines Nebenerwerbs, Arrondierung anderer Landwirtschaftsbetriebe, Landumlegung.

[3] Oeffentliche Interessen gelten insbesondere als betroffen, wenn

a) die landwirtschaftliche Bodennutzung oder der bäuerliche Grundbesitz erheblich beeinträchtigt werden;

b) die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde wesentlich gestört wird.

[4] Gemeinde und Staat dürfen durch Bau, Betrieb und Unterhalt der für die Erschliessung nötigen Strassen und Anlagen nicht belastet werden. Die Ausnahmebewilligung kann von einem Erschliessungsplan im Sinne von Artikel 73 abhängig gemacht werden.

I Die Baumöglichkeiten nach Art. 23 BauG

1. DAS VERHAELTNIS DES ART. 23/2,3 ZU DEN ART. 24 UND 25 BauG

Der Art. 23 steht, was die baulichen Nutzungsmöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet betrifft, zu den Art. 24 und 25 im Verhältnis von Grundregel zu Ausnahme. Er enthält Kategorien von Bauvorhaben, die infolge ihrer Zonenkonformität zulässig sind. Die Art. 24 und 25 enthalten Ausnahmetatbestände. Wie bereits erwähnt, ist das System allerdings nicht rein. Art. 23 regelt im wesentlichen bloss die der Land- und Forstwirtschaft dienenden Bauten. Andere Bauten und Anlagen, die für eine ebenfalls zonenkonforme Nutzung bestimmt sind, fallen unter den Art. 24. Abs. 3 des Art. 23 lässt Bauvorhaben zu, die nicht als zonenkonform bezeichnet werden können.
In den Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes hat sich in der Verwaltungspraxis gezeigt, dass sich die Mehrzahl der den Baupolizeibehörden zur Beurteilung vorgelegten Bauvorhaben eindeutig unter die Art. 23 oder 24 einorden lassen. Es tauchten aber auch viele Fälle auf, in denen Zuordnungsschwierigkeiten entstanden. Schliesslich muss häufig festgestellt werden, dass versucht wird, die Zonenvorschriften zu umgehen. Die Erfindungen der Grundeigentümer, ihre Bauprojekte so darzustellen, dass diese nach der milden Vorschrift des Art. 23 beurteilt werden und den Art. 24 umgehen können, scheint fast unerschöpflich zu sein. Die Erforschung des wahren Willens der Bauherren und der effektiven künftigen Zweckbestimmung ihrer Bauvorhaben stellt die Baupolizeibehörden oft vor heikle Aufgaben.

2. BAUTEN FUER DIE LAND- UND FORSTWIRTSCHAFT

Das Gesetz unterscheidet land- und forstwirtschaftliche Betriebsgebäude einerseits und Wohnbauten für die bäuerliche Bevölkerung andererseits. Die landwirtschaftliche Betriebslehre betrachtet dagegen die beiden Gebäudearten, entsprechend dem aus betriebswirtschaftlichen Gründen eng verknüpften Verhältnis zwischen Wohnen und Arbeiten, als eine Einheit. Früher war in weiten Teilen unseres Landes diese Einheit auch baulich zum Ausdruck gekommen, indem Wohnung, Scheune und Stall unter einem Dach vereint waren. Die offene Hofanlage, welche die einzelnen Gebäude rund um einen Hof anlegt, ist die Form des modernen Betriebs (23).
Die Organisation für Ernäherung und Landwirtschaft der Vereinten Nationen (FAO) umschreibt den Landwirtschaftsbetrieb als "Gesamtheit der Arbeitskräfte, Betriebs- und Produktionsmittel, die zusammen unter der unmittelbaren Verantwortung und Leitung der gleichen Person regelmässig für die Erzeugung landwirtschaftlicher Güter eingesetzt werden" (24).

---

23 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 104, Howald S. 106ff., Gallusser S. 129ff., ferner Heft 14 der Arbeitsgemeinschaft zur Verbesserung der Agrarstruktur, Wiesbaden 1963 über die Gesamtplanung landwirtschaftlicher Siedlungen.
24 Zit. in Stat. Quellenwerke Heft 404 S. 7

Eine Umschreibung findet sich auch in Art. 1 der Verordnung des Bundesrates über Investitionskredite und Betriebshilfe in der Landwirtschaft vom 15.11.1972 (25): Danach ist ein Betrieb "im allgemeinen als landwirtschaftlich zu bezeichnen, wenn seine organisierte Gesamtheit von Nutzland, Bauten und Inventar der Erzeugung oder der Erzeugung und Verwertung von Bodenprodukten dient. Waldgründstücke werden einbezogen, wenn ihre Nutzung ein Bestandteil der betrieblichen Tätigkeit ist".

2.1 Betriebsgebäude

Hierher gehören alle Gebäude für eine rationelle Betriebsführung. Im einzelnen richten sich die baulichen Bedürfnisse nach den vom Betriebsleiter bestimmten Betriebszweigen, die er führen will. Hier ist er vollständig frei. Die Bau- und Planungsbehörden können nicht durch die Bewilligung oder Verweigerung bestimmter Betriebsgebäude einen Betriebszweig, beispielsweise die Schweinemast, aus gewissen Teilen des übrigen Gemeindegebiets fernhalten. Dies wäre nur gestützt auf besondere Immissionsbestimmungen (26) oder auf Vorschriften für Landschaftsschutzgebiete, welche die Aufrechterhaltung einer besonderen Kulturart bezwecken (27), möglich. Zu den Betriebsgebäuden gehören Scheunen, Ställe, Vorrats- und Lagerräume, Remisen und Garagen für landwirtschaftliche Fahrzeuge. Der Standort richtet sich nach ihrer Funktion und nach der im betreffenden Gebiet herrschenden oder durch Strukturverbesserungen neu zu schaffenden Siedlungsform. Sie können nötigenfalls auch abseits des Stamm- oder Talbetriebs liegen, wie das bei Stall- oder Feldscheunen und Bienenhäusern vorkommt (28, 29). Im übrigen ist der Landwirt frei, den Standort der Bauten zu bestimmen, unter Vorbehalt der Landschaftsschutzbestimmungen in der kantonalen Gesetzgebung und in kommunalen Vorschriften (30).
Eine Baute ist nicht nur dann als landwirtschaftliches Betriebsgebäude zu betrachten, wenn es Bestandteil eines landwirtschaftlichen Heimwesens ist. Auch wer als Neben- oder Freizeitbeschäftigung Landbau betreibt, kann die hierfür erforderlichen Bauten, also Materialschöpfe, Schafställe, Bienenhäuser und dergleichen aufstellen. Die Gefahr der Gesetzesumgehung ist bei solchen Hobbybauten allerdings nicht zu verkennen. Denn sie können oft ohne oder nur mit geringen baulichen Aenderungen als Aufenthaltsgebäude für Menschen, ja als eigentliche Wochenendhäuschen eingerichtet werden. Um dies zu vermeiden, sollten solche Bauten nach folgenden Grundsätzen beurteilt werden:

- Das *Grundstück* muss seiner Beschaffenheit nach für die vorgegebene Bodennutzung geeignet sein. Dies betrifft die Eignung des Bodens und die Grösse des Grundstücks. Steiniger Boden in einem Weidegebiet eignet sich nicht für intensiven Garten- oder Obstbau. Auf einer kleinen Parzelle können allenfalls ein oder zwei Pferde,

25 SR 914.11. Vgl. ferner hinten Ziff. I.2.211
26 hinten Ziff. L. 3.1
27 vorn Ziff. F.4.42, insbes. Anm. 51, hinten Ziff. L. 3.3
28 Beispiele bei Gallusser S. 143ff.
29 Die Bienenzucht gilt als Erwerbszweig der Landwirtschaft. Lörtscher S. 369ff.
30 RRB Nr. 3364/1974 E.3. Dieser Entscheid wurde allerdings aufgehoben durch VGE vom 3.2.1975 i.S. Krummen, bestätigt durch BGE vom 31.10.1975

aber nicht ein Dutzend, einige Schafe oder Hühner, aber nicht eine ganze Herde gehalten werden.

- Die vom Gesuchsteller angegebene *Zweckbestimmung der Baute* muss durch ihre Grösse, Konstruktion und Raumeinteilung und ihre Lage im Gelände möglich und durch die Art, die Aufwendungen und Erträgnisse der Bodennutzung erforderlich sein. Andere Zweckbestimmungen, wie die Benützung als Werkstatt oder als Aufenthaltsraum für Menschen müssen ausgeschlossen sein.
- Die Distanz zwischen dem bebauten Grundstück und dem Wohnort des Bewirtschafters muss die Baute rechtfertigen.
- Solche Bauten sollen mit dem Vorbehalt des Widerrufs bei Zweckentfremdung bewilligt werden.

Der Regierungsrat setzte seine Praxis in dieser Richtung. Im Entscheid Nr. 4270/1972 (31) hatte er ein kleines Blockhaus mit Fenstern und Laube zu beurteilen, das auf ein moosiges und steiles Grundstück am Thunersee gestellt werden sollte. Er wies die Beschwerde gegen die verweigerte Baubewilligung ab mit der Begründung, das Häuschen werde nicht primär der gartenbaulichen Nutzung, sondern der Musse und dem erholsamen Aufenthalt dienen. Die gartenbauliche Nutzung erscheine als Vorwand. Zudem könnten die Werkzeuge und allenfalls auch die Erträgnisse aus einer bescheidenen gärtnerischen Nutzung ohne weiteres in einer Truhe aufbewahrt werden, umso mehr, als der Wohnort des Grundeigentümers bloss einige Kilometer vom Grundstücke entfernt war. Eine Beurteilung unter den Aspekten des Art. 24 BauG erfolgte nicht, da ein entsprechendes Ausnahmegesuch nicht vorlag. Im Entscheid Nr. 3152/1973 schliesslich wies er das Gesuch für ein steinernes Garten- und Werkzeughaus mit Cheminée sowohl nach Art. 23 wie nach Art. 24 BauG ab, weil auf dem Grundstück bereits ein Materialschopf existierte.
Von eher untergeordneter Bedeutung ist die Erwähnung der forstwirtschaftlichen Bauten. Gelegentlich dürften solche Bauten zwar ausserhalb des Waldes errichtet werden, etwa Werkhöfe mit Försterwohnungen. Für die Zulässigkeit von Bauten im Wald sind in erster Linie die Bestimmungen der Forstgesetzgebung massgebend. Art. 28 FPolV enthält hierzu Grundsätze:

> [1] Bauten im Walde, die nicht forstlichen Zwecken dienen, sind grundsätzlich verboten.
>
> [2] Im öffentlichen Wald können Forsthütten, die für die Bewirtschaftung des Waldes notwendig sind, erstellt werden. Im Privatwald dürfen einfache Forsthütten nur errichtet werden, wenn dieser eine durch die Kantone festzusetzende Mindestfläche aufweist und hiefür ein Bedürfnis nachgewiesen wird. Die Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörden bleibt vorbehalten.

---

31 Siegenthaler, MbVR 71 (1973) S. 86 N 44

[3] Für die Errichtung von anderen nichtständigen Kleinbauten wie Jagdhütten und Bienenhäuschen oder das feste Aufstellen von Wohnwagen ist eine Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde und des Grundeigentümers erforderlich. Diese Bewilligung ist zu befristen und kann unter Bedingungen erteilt werden.

[4] Der durch solche Bauten beanspruchte Waldboden bleibt der Forstgesetzgebung unterstellt.

Dazu sind einige Bemerkungen anzubringen:

Zu den bewilligungspflichtigen Bauten, Anlagen und Vorkehren für die Forstwirtschaft gehören vor allem Aufbereitungs- und Lagerungsplätze, Materialseilbahnen und -stationen, Waldhütten, Magazine und Einstellräume für Geräte und Maschinen. Hochbauten sollen nur im Wald erstellt werden, wenn dies aus betriebstechnischen Gründen erforderlich ist (32).
Die kantonale Forstdirektion hat die zusammenhängende Mindestfläche eines Privatwaldes, die zur Errichtung einer einfachen Forsthütte berechtigt, auf 3 ha festgesetzt. Einzelne Grundstücke verschiedener Grundeigentümer dürfen dabei nicht zusammengerechnet werden (33). Der Sinn dieser Vorschriften liegt darin, Gesetzesumgehungen zu vermeiden.
Die forstpolizeiliche Bewilligung für die Errichtung einer Baute im Wald ist eine besondere Bewilligung im Sinn von Art. 42 BewD. Das Verfahren ist vom Baubewilligungsverfahren getrennt.
Die Baupolizeibehörden beurteilen solche Bauvorhaben allein nach den Bau- und Planungsvorschriften. Diese können sich allenfalls noch strenger auswirken als die Forstpolizeivorschriften. So ist die Errichtung von Jagdhütten gestützt auf Art. 23/2 BauG ausgeschlossen. Dies entschied der Regierungsrat in seinem ersten Rekursentscheid, den er zu den Art. 23/24 BauG zu fällen hatte (34). Er ging davon aus, die im übrigen Gemeindegebiet zulässigen Nutzungen seien in Art. 23/1 BauG abschliessend festgelegt, und kam zum Schluss, dass Bauten zur Jagdausübung durch Absatz 2 des Art. 23 nicht gedeckt sind. Eine Prüfung im Sinn von Art. 24 erfolgte nicht, da die Jagdausübung nur als Vorwand für ein Wochenendhaus erschien. Das Ergebnis des Entscheids ist richtig, nicht jedoch die Begründung. Art. 23/1 enthält keine abschliessende Aufzählung der zulässigen Bodennutzungen. Eine von ihnen ist die Jagd. Abschliessend ist einzig die Bestimmung der Bauten, welche ohne Ausnahmebewilligung nach Art. 23/2 zulässig sind. Deshalb müssten Jagdhütten, welche tatsächlich zur Jagdausübung dienen sollen, unter den Voraussetzungen des Art. 24 geprüft werden. Ich zweifle allerdings daran, ob die Notwendigkeit solcher Hütten schlüssig nachgewiesen werden könnte. Die Jagd ist durch das System der Patentjagd (35) und die Motori-

32 Zürcher S. 71f.

33 Weisungen der Forstdirektion des Kantons Bern vom 3.8.1966 betr. die Anwendung von Art. 28 FPolV. Sie enthalten auch Anforderungen über Grösse, Ausstattung und Konstruktion solcher Hütten.

34 RRB Nr. 4268/1971, Siegenthaler in MbVR 70 (1972) N 42 S. 124

35 Art. 2 des Gesetzes vom 9.4.1967 über Jagd, Wild- und Vogelschutz. In Ausnahmefällen ist allerdings auch die Revierjagd zulässig (Art. 12).

sierung derart mobil geworden, dass ein regelmässiges Uebernachten in speziellen Jagdhütten kaum mehr nötig ist.

2.2 Wohngebäude

2.21 FUER DIE BAEUERLICHE BEVOELKERUNG

Art. 23/2 BauG erklärt Bauten für die Wohnbedürfnisse der bäuerlichen Bevölkerung als zulässig. Unter der bäuerlichen Bevölkerung sind die Leiter von Landwirtschaftsbetrieben und seine Familienangehörigen, welche dauernd auf dem Hof wohnen, zu verstehen. Es ergeben sich in zweierlei Hinsicht Abgrenzungsprobleme.

2.211 Abgrenzungen im Hinblick auf Art und Grösse der Betriebe

Kann sich jedermann, der selbstverantwortlich ein Grundstück landwirtschaftlich nutzt, auf Art. 23/2 berufen, oder nur derjenige, der einen Betrieb führt, welcher eine volle Existenz bietet?
Unter der "bäuerlichen Bevölkerung" versteht das Gesetz vor allem die Leiter von *Vollbetrieben*. Sie üben die Landwirtschaft als Hauptberuf aus. Dazu müssen jährlich mehr als 1500 Arbeitsstunden für den Betrieb aufgewendet werden (36). Ein anderes Kriterium liegt in der Einkommensstruktur des Betriebsleiters. Er ist hauptberuflich Landwirt, wenn der grössere Teil des Einkommens aus dem Landwirtschaftsbetrieb stammt (37). Der Anteil wird mit 70 % angegeben (38). Der hauptberufliche Landwirt kann also durchaus einer nichtlandwirtschaftlichen Nebenerwerbstätigkeit nachgehen. Die landwirtschaftliche Betriebslehre nennt Betriebe, deren Leiter eine zusätzliche, aber untergeordnete Einkommensquelle haben, *Zuerwerbsbetriebe* (39).
Ein *Teilerwerbsbetrieb* liegt vor, wenn der Betriebsleiter einen weiteren Beruf ausübt, der mit dem Landwirtschaftsbetrieb ungefähr gleich zu gewichten ist. Die beiden Berufe sind dabei eng miteinander verknüpft, und die beiden Erwerbsarten ergeben eine "Einkommensgemeinschaft". Es handelt sich um Kombinationen von Landwirtschaftsbetrieben mit Gasthöfen, Gärtnereien, Viehhandelsbetrieben und dergleichen (40). Die Einkünfte aus der Landwirtschaft betragen 30 - 70 % (41). Auch die Verordnung über Investitionskredite und Betriebshilfe in der Landwirtschaft (42) knüpft in Art. 3 am Begriff des Teilerwerbsbetriebs an und erklärt diese unter gewissen Voraussetzungen als kredit- und beitragsberechtigt. Den Voll- und Zuerwerbsbetrieben werden gleichgesetzt Betriebe, welche

---

36 Stat. Quellenwerke Heft 404 S. 8. Die Berechnung der Arbeitsstunden erfolgt nach Richtlinien, welche den Zeitbedarf für Einheiten der einzelnen Bewirtschaftungsarten und Erwerbszweige zugrunde legen.
37 wie Anm. 36
38 ORL- Leitbilder, Teilleitbilder Landwirtschaft, S. 117
39 ebenda S. 116
40 ebenda S. 116
41 ebenda S. 117
42 SR 914.11

- mit einem nichtlandwirtschaftlichen Betrieb derart verbunden sind, dass er nicht ohne erheblichen Nachteil für die Existenz des einen oder anderen Betriebs abgetrennt werden kann, und das Einkommen während einer längeren Zeitspanne mindestens zur Hälfte im landwirtschaftlichen Teil erzielt wird,
- dem Betriebsinhaber oder Bewirtschafter nur zusammen mit einem nichtlandwirtschaftlichen Nebenverdienst auf die Dauer eine ausreichende Existenz bietet, wobei hier der Nebenverdienst während einer längeren Zeitspanne die Hälfte des gesamten Einkommens nicht überschreiten darf. Dabei zählt Nebenverdienst aus der Land- und Forstwirtschaft (z.B. aus der Arbeit als Aelpler oder Waldarbeiter) als landwirtschaftlicher Verdienst.

Wohnbauten für die Leiter solcher Betriebe sind ebenfalls unter Art. 23/2 BauG zu rechnen, spielt doch die Landwirtschaft im Betriebs- und Einkommensgefüge eine erhebliche Rolle, insbesondere dann, wenn sie die Hälfte oder mehr des gesamten Einkommens bringt. Es drängt sich auf, zur Beleuchtung solcher Teilerwerbsbetriebe die Grundsätze der Investitionskreditgesetzgebung heranzuziehen, insbesondere dann, wenn gleichzeitig mit einem Baugesuch ein Gesuch um einen Investitionskredit oder um Betriebshilfe eingereicht wird. Wird ein solches Gesuch abgelehnt, weil der Charakter des Betriebs als Landwirtschaftsbetrieb nicht anerkannt wird, kann ein Baugesuch für ein Wohnhaus auch nicht nach Art. 23/2 BauG bewilligt werden. Die dritte Gruppe ist diejenige der landwirtschaftlichen *Nebenerwerbsbetriebe.* Die Betriebsleiter arbeiten im Hauptberuf ausserhalb der Landwirtschaft. Das landwirtschaftliche Einkommen beträgt bis zu 30 % des Gesamteinkommens (43). Die Betriebe sind bis zu 5 ha gross (44). Die Betriebszweige umfassen alles mögliche, von der Rindviehhaltung bis zu den verschiedensten Spezialkulturen (45), doch ist die Landbewirtschaftung meist extensiv (46). Eine Untergruppe bilden die Kleinpflanzer. Sie führen bloss Selbstversorgungs- oder Lieberhaberbetriebe. Die Erzielung eines Nebenerwerbs ist von sekundärer Bedeutung. Nach der schweizerischen Landwirtschaftsstatistik umfassen sie bis zu 50 Aren Kulturland, im Durchschnitt 26 Aren (47). Die Betriebszweige sind im wesentlichen auf Gartenbau und Kleintierhaltung (Ziegen, Schweine, Kaninchen und Geflügel) beschränkt (48). Oft werden bloss einzelne, isolierte Parzellen bewirtschaftet (49). Die Führung eines Nebenerwerbs-, Selbstversorgungs- oder Lieberhaberbetriebs berechtigt nicht zur Erstellung von Wohnbauten gestützt auf Art. 23/2 BauG. Da die Betriebsleiter einen nichtlandwirtschaftlichen Hauptberuf ausüben, können sie nicht zur bäuerlichen Bevölkerung gerechnet werden.
Das Gesetz umschreibt durch diesen Begriff die Angehörigen

43 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 117

44 Howald S. 101, Gallusser S. 231

45 Stat. Quellenwerke Heft 332 S. 31*f.

46 Abel S. 235, Gallusser, S. 230, stellt die Auswirkungen solcher Betriebe auf die Landschaft am Beispiel der solothurnischen Gemeinde Himmelried dar, z.B. S. 224, 231, 242

47 wie Anm. 45, ferner Abel S. 234

48 Abel S. 234. Er bezeichnet solche Gebilde zutreffend als "Auslaufstellen von Bauernwirtschaften", weil es sich oft um Ueberreste ehemaliger Vollbetriebe handelt.

49 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 117

eines auf die Erzielung eines vollen Erwerbs ausgerichteten Berufsstandes, wie es auch in anderen Erlassen der Fall ist, beispielsweise dem Art. 31 bis/3/b BV (50). So entschied der Regierungsrat, das Halten von Schafen auf einem Grundstück von 25 Aren stelle keinen Landwirtschaftsbetrieb im Sinn des Art. 23 BauG dar. Das Verwaltungsgericht stellt darauf ab, ob der Betrieb nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine hinreichende landwirtschaftliche Existenz abgeben könnte, allenfalls verbunden mit einem handwerklichen Nebenerwerb (51). In der Praxis stellt sich das Problem weniger bei den vor allem im Berggebiet traditionellen Nebenerwerbsbetrieben (52). Sie verfügen meist schon über eine Wohnung im Bauernhaus, und soweit diese umgebaut und erneuert werden soll, kann dies gestützt auf Abs. 3 des Art. 23 geschehen. Die Bewirtschaftung eines Grundstücks aus Liebhaberei oder zur Selbstversorgung ist dagegen eine beliebte Begründung für die Erstellung von neuen Wohnhäusern, die jedoch nach Art. 24 zu beurteilen sind (53).

2.212 Abgrenzungen im Hinblick auf den Personenkreis

Das Gesetz unterscheidet zwischen der bäuerlichen Bevölkerung und ihren Hilfskräften. Zur ersteren gehören die Betriebsleiter mit ihren engsten Familienangehörigen, also Ehefrauen und die dauernd auf dem Hof wohnenden, unverheirateten Kinder. Ob sie ihre Betriebe als Eigentümer, Pächter oder Verwalter bewirtschaften, spielt keine Rolle. Das Gesetz enthält diesbezüglich keine Vorbehalte. Eine unterschiedliche Behandlung nach den Eigentumsverhältnissen liesse sich auch gar nicht rechtfertigen; denn das Gesetz will, in Anerkennung des engen, betriebstechnisch und siedlungsgeschichtlich begründeten Zusammenhangs von Wohnen und Arbeiten, den für die Leitung und den Wirtschaftserfolg Verantwortlichen die notwendigen Baumöglichkeiten gewährleisten. Aus diesem Verhältnis ergeben sich die Abgrenzungen gegenüber Personen, die sich für ihren Wohnbedarf *nicht* auf Art. 23/2 berufen können:

- dies betrifft einmal Eigentümer, die ihre Betriebe nicht selber bewirtschaften (54). Die Aufsichtsfunktionen, die sie, sofern sie hierzu überhaupt in der Lage sind, wahrnehmen, können vom Baugebiet aus geschehen und begründen keine Standortgebundenheit des Wohnsitzes. Solche Verhältnisse treffen wir überall und in zunehmendem Masse an. Auf ein besonders krasses Beispiel ist Gallusser gestossen, nämlich auf die kleine deutschsprachige Gemeinde Schelten im bernischen Amtsbezirk Moutier: von zehn Landwirtschaftsbetrieben gehörten im Jahr 1965 neun auswärtigen

---

50 Diese Bestimmung spricht von der Erhaltung eines gesunden "Bauernstandes", einer leistungsfähigen Landwirtschaft und von der Festigung des "bäuerlichen" Grundbesitzes.

51 RRB Nr. 1823/1973 E.2, VGE vom 11.3.1974 i.S. Hari E.2

52 Flückiger S. 156f.

53 Näheres hinten Ziff. J.2.33. Ueber die Betriebsgrössen der bernischen Landwirtschaftsbetriebe vgl. Planungsatlas II, S. 21ff. und Karten 4ff.

54 RRB Nr. 2189/1974 E.1

Nichtlandwirten, einem Basler gleich deren drei (55). Die Schlussfolgerungen der Statistiker der landwirtschaftlichen Betriebszählungen von 1955 und 1965 muten deshalb reichlich euphemistisch an, wenn sie bemerken, die Zunahme des Bodeneigentums nichtlandwirtschaftlicher Einzelpersonen seit 1939 sei nicht sehr gross. Das mag vielleicht in absoluten Zahlen stimmen, auch wenn die Zahl der neu an Personen, welche in der Industrie tätig sind, übergegangenen Betriebe mit mindestens mehreren Hundert angegeben wird (56). In kleinen Gemeinden können solche Aenderungen in der Eigentumsstruktur jedoch schwerwiegende Folgen zeitigen.

- Landwirte, die ihre Betriebe verkaufen oder verpachten, um sich aus Altersgründen zurückzuziehen oder um den Beruf zu wechseln, scheiden aus dem Kreis der bäuerlichen Bevölkerung aus (57). Hierzu ist jedoch ein Vorbehalt anzubringen, nämlich das Stöckliprinzip, das in Ziff. 2.23 unten besprochen wird.

2.22 WOHNBAUTEN FUER DIE HILFSKRAEFTE DER BAEUERLICHEN BEVOELKERUNG

Die im Gesetz enthaltene Unterscheidung von bäuerlicher Bevölkerung und Hilfskräften entspricht ebensowenig wie diejenige von landwirtschaftlichen Betriebsgebäuden und Wohngebäuden einer massgebenden Konzeption der landwirtschaftlichen Betriebslehre. Diese kennt eine ganz andere Systematik der landwirtschaftlichen Arbeitsverfassung (58):

Die *Lohnarbeitsbetriebe* wie Guts- und Grossbetriebe beschäftigen dauernd mehr fremde als eigene Arbeitskräfte. Der Betriebsleiter ist oft nicht Eigentümer, sondern Verwalter und damit ebenfalls Angestellter.

Die *Familienbetriebe* werden vom Betriebsleiter als Eigentümer oder Pächter und seinen Familienangehörigen bewirtschaftet. Der schweizerische Familienbetrieb weist durchschnittlich 1,5 - 2 Arbeitskräfte auf. Familienfremde Arbeitskräfte werden auch gehalten, doch ist unerwünscht, dass ihre Zahl im Jahresdurchschnitt diejenigen der familieneigenen überschreitet. Die Fläche für eine rationelle Familienbewirtschaftung liegen regelmässig zwischen 10 und 30 ha.

Beim *Einmannbetrieb* besorgt der Betriebsleiter die Bewirtschaftung allein. Solche Betriebe entstehen meist im Gefolge von Schrumpfungen und Rationalisierungen von Familienbetrieben.
Nach dieser Systematik gehören auch die "Hilfskräfte" des Art. 23/2 zur bäuerlichen Bevölkerung. Damit diese Angestellten, also Melker Knechte, Mägde usw. als Hilfskräfte im Sinn dieser Bestimmung gelten können, müssen sie hauptberuflich auf dem Landwirtschaftsbetrieb mitarbeiten, mindestens jedoch so überwiegend und regelmässig, dass sie nach der Betriebsstruktur als unentbehrliches Glied für eine rationelle Bewirtschaftung gelten müssen Sofern sie

---

55 Gallusser S. 235
56 Stat. Quellenwerke Hefte 319 S. 113* und 418 S. 79
57 RRB Nr. 394/1974 E.3
58 das Folgende nach den ORL-Leitbildern, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 114ff. Aehnliche Einteilungen finden sich bei Howald S. 101, Abel S. 97ff.

verheiratet sind, fällt die Wohnraumbeschaffung auch für die Ehefrau und die ledigen Kinder unter Art. 23/2. Die gleichen Voraussetzungen gelten für verheiratete Kinder und weitere Verwandte des Betriebsleiters. Diese Grundsätze decken sich im wesentlichen mit den Voraussetzungen, die das Landwirtschaftsrecht für die Ausrichtung von Bundesbeiträgen an landwirtschaftliche Hochbauten knüpft (59). Art. 34 der Bodenverbesserungs-Verordnung verlangt, dass bei Dienstbotenwohnungen Grösse und Intensität des Betriebs die ständige Mitarbeit mindestens einer männlichen Arbeitskraft neben dem Betriebsinhaber erfordern müssen. Wohnungen für verheiratete, blutsverwandte oder verschwägerte Arbeitskräfte werden zudem nur subventioniert, wenn der in Aussicht genommene Bewohner dauernd hauptberuflich und gegen Entgelt auf dem Betrieb arbeitet. Die Grundsätze der beiden Gesetzgebungen können ohne Bedenken gegenseitig übertragen werden, denn beide beabsichtigen das gleiche, nämlich die zielgerichtete Unterstützung und Förderung einer leistungsfähigen Landwirtschaft, unter bestmöglicher Verhinderung von Gesetzesumgehungen und späteren Zweckentfremdungen. Keine Hilfskräfte sind somit:

- Personen, die nur gelegentlich, etwa an Wochenenden, in ihren Ferien oder in Zeiten starker Arbeitsspitzen in einem Betrieb mithelfen.
- Personen, die von Berufes wegen zwar eng mit der Landwirtschaft, jedoch nicht mit einem bestimmten Betrieb verbunden sind, wie Milchinspektoren, Käser, Tierärzte, Landwirtschaftslehrer oder Beamte von Landwirtschaftsbehörden (60). Der Regierungsrat erklärte im zitierten Fall, in dem ein Milchinspektor behauptete, er gehöre zu den Hilfskräften der landwirtschaftlichen Bevölkerung, dieser Begriff sei eng zu fassen, indem vom Merkmal der Standortgebundenheit auszugehen sei. Nur in diesem Sinn sei er mit den planerischen Zielsetzungen für das übrige Gemeindegebiet vereinbar.

2.23 DAS STOECKLIPRINZIP

Eine Kategorie von Personen lässt sich nicht nahtlos in den Begriff der "bäuerlichen Bevölkerung und ihre Hilfskräfte" einordnen, nämlich die Eltern des Betriebsleiters. Sie bilden ein Element der Arbeitsverfassung des Familienbetriebs. Ein besonderes Merkmal dieser Verfassung besteht darin, dass in der Regel drei Generationen auf dem Betrieb wohnen: der Betriebsleiter mit seiner Frau, seine Kinder und seine Eltern oder Schwiegereltern. Letztere ziehen sich, wenn die Zeit gekommen ist, auf das Altenteil ins Stöckli zurück. Privatrechtlich werden solche Verhältnisse in den verschiedenartigsten Formen geregelt. Insgesamt werden knapp zwei Drittel der Betriebe

---

59 Art. 92 - 94 des BG über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz) vom 3.10.1951, und seitherige Revisionen, SR 910.1. Art. 29f. der Verordnung über die Unterstützung von Bodenverbesserungen und landwirtschaftlichen Hochbauten (Bodenverbesserungs-Verordnung) vom 14.6.1971, SR 913.1

60 RRB Nr. 1046/1973 E.2.b

von den Eltern übernommen. In rund 30 % der Uebertragungen von Betrieben innerhalb der Bauernfamilien erfolgt der Eigentumsübergang schon zu Lebzeiten der Eltern (61).
Diese üben zwar, sofern es der Gesundheitszustand erlaubt, auch vom Stöckli aus wichtige Arbeitsfunktionen aus, wie die Mithilfe bei den täglichen und saisonalen Arbeitsspitzen und während der Abwesenheit des Betriebsleiters oder eines Angestellten. Voll einsetzbare Hilfskräfte sind sie jedoch in der Regel nicht mehr. Andererseits scheiden sie, aus gesellschaftlicher Sicht betrachtet, anders als bei der Veräusserung oder Verpachtung des Betriebs an Familienfremde, nicht eigentlich aus dem Kreis der bäuerlichen Bevölkerung aus. Sie bleiben dem Hof und seinen Bewohnern auf das engste verhaftet. Das Stöckliprinzip ist kein überkommenes Element einer überholten Sozial- und Betriebsstruktur, sondern im Hinblick auf das erste Ziel der Agrarpolitik, zahlreiche leistungsfähige Familienbetriebe zu fördern, erwünscht (62). Die Errichtung eines Stöcklis, das dem Wechsel der Generationen innerhalb des Familienbetriebs dient, ist deshalb gestützt auf Art. 23/2 BauG zulässig. Dieses Recht muss jedoch auf Betriebe beschränkt bleiben, die mindestens einen Teilerwerbsbetrieb darstellen und einen Anteil von über 50 % des Einkommens des Betriebsleiters bringen. Eine weitergehende Auslegung des Art. 23/2 BauG käme einer ungerechtfertigten Privilegierung eines kleinen Kreises von Pensionierten und Rentnern gegenüber andern gleich. Sie wäre im Hinblick auf die Bestimmungen des Art. 24/2/c BauG nicht zu rechtfertigen (63).
Das Stöckliprinzip besteht also darin, dass ein vom Wohnhaus des Betriebsleiters getrenntes kleines Wohngebäude erstellt wird. Es ist zwar nicht im ganzen Kantonsgebiet verbreitet, insbesondere nicht im Oberland und nicht im Jura. Art. 23 enthält jedoch keine Vorbehalte bezüglich einer differenzierten Anwendung seiner Bestimmungen nach Massgabe der vorherrschenden Siedlungsstruktur, wie das etwa für die geschlossene Bauweise der Fall ist (64), und Art. 19/1 BauG verbietet ausdrücklich die Aufstellung, Abänderung oder Aufhebung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften durch den Ortsgebrauch. Darunter fiele auch eine differenzierte Auslegung des Art. 23 nach einzelnen Orten und Regionen. Dies könnte zur Folge haben, dass sich im Laufe der Zeit das Stöckliprinzip weiter verbreitet, jedenfalls dort, wo die Arbeitsverfassung des Familienbetriebs bestehen bleibt.

2.24 DIE BESTIMMUNG DES WOHNBEDARFS

Damit im Einzelfall entschieden werden kann, ob ein Wohnbauvorhaben unter Art. 23/2 BauG fällt, hat der Baugesuchsteller dessen Notwendigkeit nachzuweisen. Das geschieht am zweckmässigsten durch eine Reihe von Aufstellungen:

61 Stat. Quellenwerke Heft 418 S. 57ff.
62 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 31ff. (mit Hinweisen auf die Agrarpolitik des Bundes, der Parteien und Verbände), 126ff. Abel, S. 223f. weist nach, dass das Leitbild des bäuerlichen Familienbetriebs mit 1,6 - 2 Vollarbeitskräften beinahe in ganz Europa vorherrscht.
63 Näheres hinten Ziff. J.2.23
64 Art. 19/2 BauG lautet: Der Ortsgebrauch kann ... die geschlossene oder annähernd geschlossene Bauweise zulassen oder erfordern. Soweit das Gemeindebaureglement darüber nichts enthält, gelten die ortsüblichen Regeln.

- über alle Personen, die dauernd auf dem Hof wohnen,
- über alle Personen, die hauptsächlich auf dem Landwirtschaftsbetrieb arbeiten,
- über den vorhandenen Wohnraum,
- Angaben darüber, für wen der neu zu schaffende Wohnraum bestimmt ist.

Ergibt die Gegenüberstellung der hauptberuflich auf dem Betrieb tätigen Personen einschliesslich ihrer engsten Familienangehörigen (Ehefrau und ledige Kinder) sowie der Eltern des Betriebsleiters mit dem gesamten vorhandenen Wohnraum einen Fehlbetrag an Wohnraum, ist das Bauvorhaben nach Art. 23/2 zulässig, jedoch nur insoweit, als es das festgestellte Manko decken wird. Wohnraum, der von betriebsfremden Personen belegt wird, ist also in die Gegenüberstellung einzubeziehen (65). Wohnbauprojekte, die über den derart ermittelten Wohnbedarf der auf dem Betrieb wohnenden oder anzusiedelnden bäuerlichen Bevölkerung und Hilfskräfte hinausgehen, sind nach Art. 24 zu beurteilen. Zwei Beispiele mögen dies erläutern:

- Auf dem Betrieb wohnen der Betriebsleiter mit seiner Ehefrau und seinen Kindern, seine Eltern sowie ein lediger Angestellter. Letzterer will sich verheiraten und braucht eine eigene Wohnung. Im Bauernhaus ist eine 5-Zimmerwohnung vorhanden, das Stöckli besteht aus einer 3-Zimmerwohnung. Ein Neubau mit einer Wohnung für den Angestellten kann aufgrund von Art. 23/2 BauG bewilligt werden, ein solcher mit zwei oder mehr Wohnungen könnte mit einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 erstellt werden.
- Auf dem Betrieb wohnen der Betriebsleiter mit seiner Ehefrau und einem Sohn, der sich verheiraten und die Leitung des Betriebs übernehmen will. Das Stöckli ist als Ferienwohnung vermietet. Auch hier sind im Bauernhaus und im Stöckli je eine Wohnung vorhanden. Die Bewilligung eines Neubaus gestützt auf Art. 23/2 BauG ist nicht möglich, denn das Stöckli kann jederzeit für die sich zurückziehenden Eltern bereitgestellt werden.

Die Grösse und Ausstattung der Wohnungen wird sich nach den Bedürfnissen im Einzelfall richten. Sie werden meistens durch die beschränkten finanziellen Mittel diktiert. Als Anhaltspunkt können dienen:

- Der Wohnraum soll einen anständigen, zeitgemässen dauernden Aufenthalt ermöglichen (66).
- Nach Art. 31/g der Bodenverbesserungsverordnung sollen die zu subventionierenden Wohnungen ihrer Art, Grösse und Einrichtung nach "zeitgemässen Anforderungen einer rationellen Betriebsführung" genügen.
- Für Wohnungen wichtiger erscheint der Grundsatz in Art. 14/a des BG über die Investitionskredite und Betriebshilfe in der Landwirtschaft (67), der neben der rationellen auch die hygienische land- und hauswirtschaftliche Betriebsführung gewährleisten will. Dieser Grundsatz kann ohne weiteres auf Bauvorhaben nach Art. 23/2 BauG angewendet werden.

65 RRB Nr. 3364/1974 E.2
66 ebenda
67 vom 23.3.1962/8.10.1971, SR 914.1

Umgehungstatbestände können in der Regel leicht aufgedeckt werden. Sie ergeben sich meist schon aus der Gegenüberstellung der personellen Verhältnisse und dem existierenden Wohnraum auf dem Betrieb, so etwa, wenn für den 60-jährigen ledigen Bruder des Betriebsleiters ein herrschaftliches Landhaus gebaut werden soll. Solche Bauten zeichnen sich oft nicht nur durch eine Grösse und Ausstattung aus, die in einem offentsichtlichen Missverhältnis zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betriebs und den Lebensgewohnheiten seines Inhabers stehen, sondern auch durch den abseits vom Hof vorgesehenen Standort (68).

2.3 "Standortgebundenheit" der Bauten für die Land- und Forstwirtschaft

Indem das Baugesetz Bauten für die Land- und Forstwirtschaft im übrigen Gemeindegebiet gestattet, lässt es die Streubauweise, also die regellose Einpflanzung dieser Bauten in die Landschaft ausserhalb des Baugebiets weiterhin zu. Diese gestreute Verteilung landwirtschaftlicher Gebäude ist nicht im ganzen Kantonsgebiet eine althergebrachte Erscheinung. Die ländlichen Siedlungssysteme sind differenziert (69). Gebiete mit geschlossenen Dörfern wechseln ab mit solchen, welche mit Dörfern, Weilern und Einzelhöfen durchsetzt sind, und mit Gegenden, in denen die Einzelhöfe dominieren. Als Beispiel für die erste Kategorie sei die Seeländergemeinde Treiten erwähnt, in der im 18. Jahundert nur im Bereich des "Dorfetters", d.h. in dem durch Zaun oder Grünhecke eingefriedeten Dorfgebiet gebaut werden durfte (70). Wo diese als "Gewannflurtyp" bezeichnete Siedlungsform (71) herrschte, war ursprünglich auch die Errichtung landwirtschaftlicher Bauten ausserhalb des Dorfes nicht erlaubt (72). Die Bewirtschaftung erfolgte vom Dorf aus. Sollte dies heute, da die Mechanisierung die Bewirtschaftung gewaltig erleichtert und die Mobilität fördert, nicht auch möglich sein? Wäre nicht zum mindesten eine differenzierte Regelung, welche auf den Ortsgebrauch abstellt, eher im Interesse der Raumplanung und des Umweltschutzes (73)?

68 hinten Ziff. J.4.2

69 Eine eingehende Darstellung findet sich im Planungsatlas III, S. 51ff. sowie Beilage B

70 ebenda S. 55ff., 82. Eine weitere Gemeinde, Grafenried, wird auf S. 59ff. dargestellt.

71 Der Name kennzeichnet die Flurverfassung der Dreifelderwirtschaft. Planungsatlas III, S. 55, Gallusser S. 173ff., ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 99f.

72 Planungsatlas III S. 59

73 Die abwassertechnische Erfassung der häuslichen Abwässer aus unzähligen Landwirtschaftsbetrieben scheitert oft an den enormen Kosten für die langen Leitungen. Aehnliches gilt für die Kehrichtbeseitigung. Der Einwand, diese Abwässer und Abfälle fielen mengenmässig nicht ins Gewicht, ist unrichtig. Die Ueberfluss- und Wegwerfgesellschaft macht auch vor der bäuerlichen Bevölkerung nicht halt. Abwässer aus Waschmaschinen, Bädern, Spülmittel, Kunststoffverpackungen fallen in immer grösseren Mengen an.

Abgesehen davon, dass dies nach geltendem Recht, gleich wie beim Stöckliprinzip, ausgeschlossen ist, spricht eine Reihe von Gründen gegen eine solche Lösung auch in einer allfälligen späteren Gesetzgebung:
Die Gewannflursiedlung ist kaum mehr irgendwo rein erhalten. Die bernische Staatspolitik des 19. Jahrhunderts, den Grundsätzen des Liberalismus verpflichtet, entäusserte sich im Gefolge der Ablösung der Feudallasten auch des staatlichen Obereigentums an Grund und Boden (74). Die völlig freie Verfügbarkeit über das Grundeigentum führte dazu, dass auch in Gebieten mit geschlossenen Siedlungen die Zersiedelung einsetzte (75). Im weiteren kennt das Gewannflursystem, wie auch die andern Siedlungs- und Flurformen, Mischtypen mit Dörfern, Weilern und Einzelhöfen (76. Nicht einmal für das Gebiet der kleinsten politischen Einheit, der Gemeinde, könnte also immer eine einheitliche Regelung für die Standorte der Land- und Forstwirtschaftsbauten gelten. Eine der Raumordnung dienstbar zu machende Rekonstruktion historischer Siedlungsformen wäre deshalb zum Scheitern verurteilt, abgesehen davon, dass ich ein solches Vorgehen auch sonst als untaugliches Mittel zur Lösung heutiger Bodenprobleme betrachte. Eine derartige Regelung liefe ferner den heutigen Formen der Agrarstrukturverbesserungen zuwider. Die landwirtschaftlichen Streusiedlungen werden durch das System der Aussiedlungen und der Errichtung neuer Einzelhöfe und Gruppensiedlungen kräftig gefördert. Die Agronomen sind sich in der Devise einig: hinaus mit den Landwirtschaftsbetrieben aus den Dörfern, welche für die neuen Methoden der Bewirtschaftung zu eng geworden sind (77). Die Arrondierung des Bodens im Rahmen von Güterzusammenlegungen fördert diese Entwicklung noch (78). Diese ist zu einem Sachzwang geworden, welche andere raumordnungspolitische Lösungen als die uneingeschränkte Zulassung von Landwirtschaftsbauten im übrigen Gemeindegebiet praktisch ausschliesst.
Wenn wir die Bestimmung des Art. 23/2/1. Satz BauG mit den Lösungen anderer Raumplanungsgesetze vergleichen, stellen wir fest, dass sie sich, abgesehen vom Wortlaut, inhaltlich alle decken: sowohl dort, wo das gesamte nicht dem Baugebiet zugeteilte Gebiet übriges Gemeindegebiet darstellt, wie dort, wo zusätzlich spezielle Landwirtschaftszonen vorgesehen sind, sind land- und forstwirtschaftliche Bauten zugelassen, und zwar auch in den Landwirtschaftszonen (79).

---

74 Planungsatlas III S. 74ff.

75 ebenda S. 59ff. das Beispiel Grafenried

76 ebenda S. 62ff., 66ff., Beilage B

77 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft S. 100ff., 144, Kistler S. 53ff., Gallusser S. 269ff., Abel S. 246. Ueber den Stand der Güterzusammenlegungen im Jahr 1971 im Kanton Bern Planungsatlas III S. 80, ferner Beilage B Ziff. 7. In den Jahren 1968 - 1971 wurden vom Kanton insgesamt 26 Siedlungsprojekte subventioniert, Berichte über die Staatsverwaltung des Kantons Bern, Abschnitte Landwirtschaftsdirektion. Weidmann, S. 12, gibt die Zahl der bis 1969 in der Schweiz erstellten Hofsiedlungen mit 1411 an. 235 Projekte waren in Ausführung begriffen.

78 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 142, Gallusser S. 269, Weidmann S. 11

79 Art. 29/2 RPG Bund, Vorentwurf der Baudirektion des Kantons Zürich für ein Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Bauwesen vom Dezember 1972, § 62/1 und §§ 69ff., RPG GR Art. 30/2 und 31/1, BauG SG Art. 20/2 und 21/1, BauG AG § 129/1, BauG BL § 11/2

Die eingeschlagene Richtung ist damit klar: für Differenzierungen ist kein Platz. Rechtstechnisch liessen sich solche allerdings schon bewältigen, indem die der Land- und Forstwirtschaft dienenden Bauten im übrigen Gemeindegebiet nur dort zugelassen würden, wo ein entsprechender Ortsgebrauch besteht, ähnlich wie dies bei der Zulassung der geschlossenen oder annähernd geschlossenen Bauweise der Fall ist (Art. 19/2 BauG).

3. BETRIEBE NACH ART. 23/2/2. UND 3. SATZ

In Ergänzung zu den Bauten, die dem "klassischen" Landwirtschaftsbetrieb dienen (Satz 1 von Art. 23/2), nennen die Sätze 2 und 3 eine Reihe weiterer Betriebe, die vom Gesetzgeber ebenfalls als nutzungs- und zonenkonform gewertet werden. Ueber die Richtigkeit des gesetzgeberischen Entscheids liesse sich streiten. Im Entwurf I zum BauG waren sie jedenfalls nicht enthalten (80). Wäre es dabei geblieben, wäre wohl Streit darüber entstanden, ob die jetzt in den Sätzen 2 und 3 des Art. 23 genannten Betriebe zu den Bauten im Sinn von Satz 1 gehörten oder nicht. Mit der Regel, die Gesetz wurde, sind Abgrenzungsschwierigkeiten jedoch nicht vermieden worden. Bei der Auslegung der Sätze 2 und 3 ist wiederum davon auszugehen, dass der ganze Absatz 2 des Art. 23 einzig Bauten zum Gegenstand hat, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der land- und forstwirtschaftlichen Bodennutzung stehen. Allfällige andere standortgebundene Bauten und Betriebe fallen unter den Art. 24, abgesehen von denjenigen, die nach Art. 23/3 beurteilt werden können. Dies kommt in der Formulierung des Satzes 1 klar zum Ausdruck. Die Sätze 2 und 3 enthalten eine *Präzisierung* in dem Sinn, als sie ausdrücklich einige Betriebe nennen, deren Zugehörigkeit zu den "der land-, forst- oder rebwirtschaftlichen Nutzung des Bodens dienenden" Neubauten (Satz 1) sonst unklar wäre, so die Gärtnereien und die als selbständige Betriebseinheiten bestehenden Zuchtbetriebe. Weiter bringen sie eine gewisse *Ausweitung* (81): einige Betriebsarten, deren hauptsächliche Produktionsmittel nicht der Boden, sondern die aus ihm gewonnenen land- und forstwirtschaftlichen Rohprodukte sind, sind ebenfalls noch zugelassen, so die standortgebundenen Lagerungs- und Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion sowie die als selbständige Betriebseinheiten bestehenden Mastbetriebe.

---

80 Art. 29/2 Entwurf I zum BauG, vorn Ziff. H.3.1
81 ähnlich RRB Nr. 3363/1974 E.1

3.1 Standortgebundene Lagerungs- und Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion

3.11 IM ALLGEMEINEN

Nach Zaugg sind hierzu Silos, Lagerhäuser, Käsereien, Sägereien, Grastrocknungsanlagen und dergleichen zu rechnen. Die Standortgebundenheit ist im Einzelfall aufgrund der örtlichen Verhältnisse zu prüfen. Sie liegt nur für jene Betriebe vor, "die nach den Grundsätzen einer rationellen Betriebsführung in der Nähe der landwirtschaftlichen Produktionsstätten erstellt werden müssen und für die deshalb ein Standort im Baugebiet wegen zu grosser Entfernung oder schwieriger Wegverhältnisse nicht in Betracht fällt" (82). Das Kriterium der Verarbeitung land- und forstwirtschaftlicher Rohprodukte genügt also für sich allein noch nicht. Die Zuweisung des Betriebs ins Baugebiet muss im Einzelfall als unzumutbar nachgewiesen werden. Solche Verhältnisse können nach einigen Grundsätzen beurteilt werden:

a) Eine Standortgebundenheit kann in folgenden Fällen angenommen werden:

- Der Lagerungs- oder Verarbeitungsbetrieb soll einen Teil- oder Nebenerwerb des Leiters eines Landwirtschaftsbetriebes darstellen. Um einen möglichst rationellen Einsatz der Arbeitskraft zu sichern, dürfte die räumliche Trennung der beiden Betriebe kaum zumutbar sein, es sei denn, eine geeignete Bauzone (Gewerbezone, gemischte Zone) befinde sich in unmittelbarer Nähe des Landwirtschaftsbetriebs. Bauten, die einem andern Neben- oder Teilerwerb dienen sollen, wie Werkstätten und Gastwirtschaften fallen dagegen unter den Art. 24 (83).
- Die zu lagernden oder zu verarbeitenden landwirtschaftlichen Rohprodukte stammen zum überwiegenden Teil aus der Umgebung, in welcher der Betrieb erstellt werden soll, und
  - werden anschliessend wieder in dieser Gegend verteilt, was bei Silos, Grastrocknungsanlagen, Kühlhäusern vorkommt oder
  - können wegen schwieriger Wegverhältnisse nur in weiterverarbeitetem Zustand weitertransportiert werden, was praktisch nur beim Holz denkbar ist (Sägereien) oder
  - den Lieferanten kann nicht zugemutet werden, regelmässig längere Wege für die Ablieferung ihrer Produkte in Kauf zu nehmen, was vor allem bei Käsereien im Hügel- und Berggebiet häufig der Fall ist.

---

82 N 2 zu Art. 23
83 hinten Ziff. J.2.252

b) In folgenden Fällen liegt dagegen keine Standortgebundenheit vor:

- Der Betrieb kann ohne schwerwiegende Nachteile für die Lieferanten, den Lagerhalter oder Verarbeiter oder die Abnehmer der Produkte in einem Baugebiet errichtet werden.
- Ein Betrieb verarbeitet landwirtschaftliche Rohprodukte, welche aus einer bestimmten Gegend bezogen werden. Der Weg zum Kunden wird dann mit Bestimmtheit ins Baugebiet führen. Schlachthäuser, Metzgereien, Mostereien und ähnliche Betriebe sind daher nicht standortgebunden.

Zu beachten ist schliesslich, dass *Handelsbetriebe* im Gesetz nicht erwähnt sind. Da die Aufzählung abschliessend ist, können sie auch nicht in Form der Analogie den Lagerungs- und Verarbeitungsbetrieben gleichgestellt werden. Die Erstellung von Bauten für Viehhandelsbetriebe, landwirtschaftliche Genossenschaften etc. richtet sich daher nach den Voraussetzungen des Art. 24.

3.12 DER ABBAU VON LAGERSTAETTEN UND DAZUGEHOERIGE VERARBEITUNGSBETRIEBE IM BESONDEREN

Im Kanton Bern werden vor allem Kies und Lehm ausgebeutet und Steine gebrochen, weshalb die Kies- und Lehmgruben sowie die Steinbrüche im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen stehen. Der Abbau von Lagerstätten ist insofern standortgebunden, als er nur dort möglich ist, wo sich abbauwürdige Rohstoffe überhaupt finden. Er gehört zu den Nutzungsarten, die grundsätzlich ins übrige Gemeindegebiet verwiesen sind (84). Die Bemerkung von Zaugg, der Abbau von Lagerstätten könne nicht den landwirtschaftlichen Betätigungen zugerechnet werden (85), ist richtig, doch heisst das nicht, dass er durch die Nutzungsvorschrift des Art. 23/1 ausgeschlossen worden ist. Dies könnte allenfalls für spezielle Landwirtschaftszonen gelten, welche neben dem übrigen Gemeindegebiet bezeichnet werden. Solche kennt das Baugesetz jedoch nicht. Ein generelles Verbot dieser Nutzungsart im gesamten übrigen Gemeindegebiet nach bernischem Recht bedürfte einer klaren Gesetzesgrundlage (86). Eine solche ist jedoch weder in den Art. 23 und 24 noch sonstwo in der Bau- und Planungsgesetzgebung enthalten. Dagegen finden sich eine Reihe von Vorschriften über den Abbau von Lagerstätten, welcher als "Materialentnahme" bezeichnet wird:

- Art. 1 Abs. 1 lit. b BauG, Art. 10/3,4 BauV und Art. 4/1/c BewD statuieren die Baubewilligungspflicht für die Einrichtung von Materialentnahmestellen.
- Art. 5/2 BauG bestimmt, dass Materialentnahmestellen nur angelegt oder wesentlich erweitert werden dürfen, "wenn ihnen nicht andere bedeutende öffentliche Interessen, insbesondere solche der Ortsplanung" entgegenstehen. Natürlich gilt für sie auch Abs. 1 des Art. 5, wonach Bauten und Anlagen Landschaft-, Orts- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen dürfen. Die Art. 10 - 14 BauV enthalten Ausführungsbestimmungen zu diesen Vorschriften. Für die

84 vorn Ziff. F.4.3

85 N 11 zu Art. 5 BauG

86 vorn Ziff. E.7.121

Materialentnahme sind von Bedeutung:

- Art. 11/1: Materialentnahmestellen wie Steinbrüche, Kies- und Lehmgruben und dergleichen *"dürfen im Baugebiet nicht* eröffnet oder erweitert werden".
- Art. 12/1: Materialentnahmestellen sind geordnet zu betreiben. Die Nachbarschaft darf nicht durch unangenehme Immissionen belästigt werden. Die erforderlichen Bedingungen und Auflagen sind bei der Baubewilligung festzulegen.
- Art. 13/2 und 14/1: Ausgebeutete Gruben sind wieder aufzufüllen, es sei denn, die Baudirektion stimme dem Offenlassen zu.

- Art. 9 NBR bestimmt, dass Materialentnahmestellen nur dort angelegt oder wesentlich erweitert werden dürfen, wo sie die geordnete bauliche Entwicklung der Gemeinde nicht erheblich beeinträchtigen und den öffentlichen Verkehr nicht wesentlich behindern. (87).

Aus diesen Vorschriften können folgende Schlüsse gezogen werden:

- Da Art. 11/1 BauV die Materialentnahmen vom Baugebiet, insbesondere von Wohnzonen fernhält, bleibt nichts anderes, als sie ins übrige Gemeindegebiet zu verlegen, allenfalls noch in Industriezonen (88), denn irgendwo muss schlussendlich das für die Bauwirtschaft unentbehrliche Material gewonnen werden. Für diese Lösung spricht auch die Regelung des Normalbaureglements.
- Die Prüfung, ob die öffentlichen Interessen im Sinn der Art. 5/1,2 BauG, 12/1 und 13/2 BauV gewahrt werden (89), erfolgt im Baubewilligungsverfahren. Gleichzeitig sind die für eine geordnete Betriebsführung und die für die anschliessende Wiederauffüllung nötigen Bedingungen und Auflagen festzusetzen. In der Praxis ist streitig geworden, ob dies im Rahmen eines Ausnahmbewilligungsverfahrens im Sinn von Art. 24 und 46ff. BauG zu geschehen habe, oder ob, entsprechend dem Kommentar Zaugg, eine "Sonderordnung" anzunehmen ist, indem über die Zulässigkeit von Materialentnahmestellen von Fall zu Fall nach den gesetzlichen Grundsätzen zu entscheiden ist (90). Die Frage ist noch nicht vollständig geklärt. Die Baudirektion bejahte während einiger Zeit, entgegen der Auffassung des Kommentators Zaugg, die Ausnahmebewilligungspflicht im Sinn von Art. 24. Sie führte deshalb für die Neueröffnung von Materialentnahmestellen immer ein entsprechendes Verfahren durch. Die Prüfung der Ausbeutungsgesuche erfolgte dabei fast ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der entgegenstehenden Interessen gemäss Art. 24/3 (91). Diese Bestimmung deckt sich in materieller Hinsicht weitgehend mit dem Art. 5/2 BauG. In formeller Hinsicht

87 zur Funktion des NBR vgl. hinten Ziff. I.5.61 und L.2.1

88 so der Zonenplan von Rubigen vom 5.10.1973

89 Zaugg N 11 zu Art. 5 BauG rechnet zu den öffentlichen Interessen, die zu wahren sind, neben denjenigen der Ortsplanung die Belange des Strassenbaus, des Gewässerschutzes, der Forstpolizei und des landwirtschaftlichen Meliorationswesens. Dies ist so zu verstehen, dass dem Baubewilligungsverfahren die Funktion der Koordination zwischen den Verfahren für die verschiedenen besonderen Bewilligungen, welche neben der Baubewilligung erforderlich sind (vgl. Art. 42 BewD), zukommt.

90 ebenda sowie N 5 zu Art. 23

91 hierzu hinten Ziff. J.3.2

ist dagegen von Bedeutung, dass nach dieser Praxis die Ausbeutungsgesuche nicht nur von den dezentralisierten Baubewilligungsbehörden, sondern durch die Baudirektion nach für den ganzen Kanton einheitlichen Kriterien beurteilt wurden (Art. 47/2,3 BauG). Denn bei der grossen Zahl von Baubewilligungsbehörden ist eine unterschiedliche Praxis kaum zu verhindern. Später änderte die Baudirektion ihre Praxis und erklärte, Baubewilligungen für Kiesgruben seien nicht nach Art. 24, sondern nach Art. 5 BauG zu beurteilen, entsprechend der im Kommentar Zaugg vertretenen Auffassung. Sie stützte sich dabei vor allem auf das Begriffsgefüge der baubewilligungspflichtigen Tatbestände. Die Eröffnung von Materialentnahmestellen ist wohl ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben, aber keine Baute. Die Art. 23 - 25 BauG beziehen sich aber nur auf Neu- Um- und Erweiterungsbauten (92).

Umstritten ist ferner, ob Betriebe, welche das gewonnene Rohmaterial verarbeiten, also Kies- und Asphaltaufbereitungsanlagen, Betonmischanlagen und dergleichen als standortgebundene Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion im Sinn von Art. 23/2/2. Satz gewertet werden können. Aufgrund der bisher entwickelten Grundsätze ist diese Frage zu verneinen. Abs. 2 des Art. 23 hat einzig land- und forstwirtschaftliche Betriebe zum Gegenstand. Alle anderen fallen unter Art. 24, auch wenn im Einzelfall eine Standortgebundenheit im übrigen Gemeindegebiet aus betriebswirtschaftlichen Gründen nachgewiesen werden kann. Betriebe, welche geförderte Rohstoffe verarbeiten, haben nichts mit der Landwirtschaft zu tun. Aus dem vom Gesetz verwendeten Begriff der "Urproduktion" lässt sich nichts anderes nachweisen. Dieser Begriff dient zwar gelegentlich als Oberbegriff für sämtliche aus dem Boden gewonnenen, wirtschaftlich verwertbaren Stoffe und Produkte (93). Als solcher ist er jedoch keineswegs gefestigt. Der Abbau von Lagerstätten und die Verarbeitung des geförderten Materials wird ebenso zum sekundären Wirtschaftssektor gerechnet, und zwar als Industrie der Steine und Erden (94). Das Gesetz versteht unter der Urproduktion offensichtlich den primären Wirtschaftssektor, welcher allein die Land- und Forstwirtschaft umfasst (95). Die Meinungsäusserung in RRB Nr. 4645/1973 (96), die Kiesaufbereitung stelle einen Verarbeitungsbetrieb der Urproduktion dar, ist deshalb falsch.
Die Neueröffnung von Materialentnahmestellen gerät immer mehr ins Kreuzfeuer der Kritik, und zwar nicht nur einiger überspannter Landschaftsschützer, sondern weitere Bevölkerungskreise. Es gibt kaum eine Gegend, in der nicht gegen geplante Ausbeutungen gekämpft wird (97). Die Praxisänderung der kantonalen Verwaltungsbehörden, d.h. die Abkehr vom Erfordernis der Ausnahmebewilligung nach Art. 24 BauG, löste nicht eitel Freude aus (98). Deshalb revidierte und ergänzte

---

92 vorn Ziff. G.1.3, hinten Ziff. J.1.6

93 vorn Ziff. F.4.3

94 Planungsatlas II S. 40ff. und 48ff., Stocker/Risch S. 30ff 49

95 Planungsatlas II S. 16ff., Stocker/Risch S. 30ff. und 39ff.

96 Siegenthaler MbVR 71 (1973) S. 165 N 58

97 vgl. "Der Bund" vom 4.7.1974 S. 18 (Gemeinde Mattstetten), vom 2.10.1974 S. 8 (Simmental), S. 12 (Region Bern), "Tages-Nachrichten" vom 30.7.1974. Weitere Beispiele sind in den Freibergen (Le Noirmont), im Laufental (Liesberg), im Taubenloch (Plagne), im Oberaargau bekannt geworden.

98 vgl. "Der Bund" vom 24.7.1974 S. 9 betreffend eine Kiesgrube im Wandental (Gemeinde Köniz).

der Regierungsrat die Bauverordnung. Die Aenderungen traten am 7. März 1975 in Kraft und bestimmen:
In Art. 11 wird bestätigt, dass im *Baugebiet* keine Materialentnahmestellen eröffnet oder erweitert werden dürfen. Im *übrigen Gemeindegebiet* kann die zuständige Behörde Baubewilligungen erteilen, sofern die Voraussetzungen des Art. 5 BauG und des neuen Art. 12c BauV erfüllt sind. Dagegen dürfen Baubewilligungen für Einrichtungen, welche nach Beendigung der Materialentnahme *weiterbestehen* sollen oder die der *Weiterverarbeitung des gewonnenen Materials* zu Baustoffen anderer Art wie Bitumen, Beton, Fertigelementen etc. dienen, nur erteilt werden, wenn eine Ausnahmebewilligung im Sinn von Art. 24 BauG vorliegt.

Art. 12c konkretisiert in nicht-abschliessender Weise die öffentlichen Interessen im Sinn von Art. 5 BauG, die zu wahren sind:

- Die Landschaft, das Orts- oder Strassenbild dürfen nicht verunstaltet oder erheblich beeinträchtigt werden. Als Beeinträchtigung gilt auch die Häufung von Materialentnahmestellen in einem dafür in der Orts- oder Regionalplanung nicht vorgesehenen Gebiet. Die letztgenannte Bestimmung ist unmittelbar durch das in ZBl 75 (1974) S. 304 veröffentlichte Urteil des aargauischen Verwaltungsgerichts veranlasst worden.
- Die Ruhe benachbarter Siedlungen darf nicht gestört und der Erholungswert eines Erholungsgebiets nicht geschmälert werden.
- Die Verkehrsverhältnisse dürfen nicht erheblich beeinträchtigt werden.
- Die plangemässe bauliche Entwicklung soll nicht gehindert werden.
- Die landwirtschaftliche Nutzung wertvollen Kulturlandes darf nicht dauernd oder auf längere Zeit verunmöglicht oder erheblich erschwert werden.

Können die Beeinträchtigungen durch Bedingungen und Auflagen nicht verhindert oder auf ein tragbares Mass herabgesetzt werden, ist der Bauabschlag zu erklären.

3.2 Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe

Bestimmen die Gemeindebauvorschriften nichts anderes, so sind solche Betriebe zulässig. An dieser Stelle behandeln wir nur diesen Fall. Anderslautende Gemeindebauvorschriften werden wir in Ziff. L.3.1 untersuchen.

3.21 GAERTNEREIEN

Der Begriff der Gärtnerei ist vieldeutig. Grundsätzlich ist der Gartenbau der Landwirtschaft zuzurechnen, so der Gemüsebau, der Obstbau und die Beerenkulturen. Sie gelten als Spezialkulturen der Landwirtschaft (99). Zierpflanzen- und Blumenkulturen sowie Zierbaumschulen werden dagegen meist nicht der Landwirtschaft zugezählt (100).

---

99 ORL-Richtlinien Blatt 512'542 (1971) S. 2, Fritz Kobel, Obstbau, Weinbau, Gemüsebau, in "Schweizerische Landwirtschaft" S. 273ff., vorn Ziff. F. 4.1

100 Immerhin wurden sie von der eidg. Landwirtschaftszählung 1969 als Spezialkulturen erfasst. Stat. Quellenwerke Heft 450, insbes. S. 8, 11, 208ff. Ebenso Planungsatlas II S. 16f. und Karte 2

Es ist allerdings müssig, diesen Zuordnungsfragen weiter nachzugehen, da Art. 23/2 "Gärtnereien" generell zulässt. Das bedeutet, dass alle landläufigen Formen dieses Gewerbes im übrigen Gemeindegebiet gestattet sind, also auch solche, die nicht vorwiegend aus Freiland-, sondern aus Glashauskulturen bestehen. Massgebend ist, dass der Boden als Produktionsfaktor im Mittelpunkt des Betriebes steht. Die Erstellung blosser Werkhöfe oder Bürogebäude, etwa von Landschaftsgestaltungsbetrieben, wäre nicht zulässig. Sie gehören in Gewerbe- oder Industriezonen wie die Werkhöfe und Verwaltungsgebäude von Bauunternehmungen.

3.22 ZUCHTBETRIEBE

Entsprechend den landwirtschaftlichen Nutztierarten gehören zu den landwirtschaftlichen Zuchtbetrieben die Pferde-, Rinder-, Schweine-, Schaf-, Ziegen-, Geflügel- und Bienenzuchten (101). Grenzfälle stellen die Fischzuchtbetriebe dar. Die Fischerei wird allerdings meist auch zur Landwirtschaft gezählt (102). Deshalb sind entsprechende Zuchtbetriebe ebenfalls unter Art. 23/2 zu rechnen. Ausgeschlossen ist dies jedoch für alle andern Betriebe, welche Tiere züchten, etwa Pelztiere, Hunde, Katzen und andere Haus- und Kleintiere. Bei ihnen fehlt der enge Zusammenhang zum Produktionsfaktor Boden und zur Landwirtschaft.

3.23 MASTBETRIEBE

Was für die Zuchtbetriebe gesagt wurde, muss konsequenterweise auch für die Mastbetriebe gelten. Es sind nur solche Betriebe zulässig, welche eine anerkannte landwirtschaftliche Nutztierart mästen. Im Vordergrund stehen dabei Rinder-, Schweine- und Geflügelmastbetriebe.

3.3 Wohnbauten für Leiter und Angestellte von Betrieben nach Art. 23/2/2. und 3. Satz

Es stellt sich die Frage, ob die Betriebsleiter und Hilfskräfte von selbständigen, einen vollen Erwerb bietenden Betrieben im Sinn der beiden Bestimmungen für ihren Wohnbedarf im übrigen Gemeindegebiet nach Art. 23/2/1. Satz bauen können. Ihre Beantwortung hängt im wesentlichen davon ab, ob diese Personen zur bäuerlichen Bevölkerung zu rechnen sind. Dies ist sicher zu bejahen für Personen, welche in Betrieben arbeiten, die vorwiegend der Präzisierung halber im Gesetz genannt werden, also Gärtnereien und Zuchtbetriebe. Es bestehen aber auch keine zwingenden Gründe, Wohnbauten für Betriebsleiter und Hilfskräfte von Mastbetrieben und von standortgebundenen Lagerungs- und Verarbeitungsbetrieben dem Art. 24 zu unterstellen. Da das Gesetz die enge Verbundenheit dieser Betriebs-

---

101 Lörtscher S. 305ff., Stat. Quellenwerke Heft 418 S. 187ff.

102 Fritz Funk, Unsere Fischerei, jetzt und in Zukunft, in "Schweizerische Landwirtschaft" S. 387ff. Er teilt mit, zahlreiche Fischer führten nebenbei einen Landwirtschaftsbetrieb. Der Schweiz. Berufsfischerverband und die schweizerischen Fischzüchter sind Mitglieder des Schweiz. Bauernverbandes, S. 388.

arten zur Landwirtschaft im eigentlichen Sinn anerkennt, sind die in ihnen Beschäftigten auch der bäuerlichen Bevölkerung zuzurechnen.

4. LANDWIRTSCHAFTLICHE BAUTEN UND LANDSCHAFTSSCHUTZ

Wenn wir die unzähligen Zeugen der alten Dorf- und Bauernkultur, um deren Schutz und Erhaltung sich eine Reihe öffentlicher und privater Institutionen bemühen (103), mit den modernen Formen der landwirtschaftlichen Bauten vergleichen, so fällt uns ein totaler Bruch in architektonischer Hinsicht auf, der sich sehr einseitig zu Ungunsten des Landschaftsbildes auswirkt, hervorgerufen durch reines Zweck- und Nützlichkeitsdenken, welches die moderne Landwirtschaftsarchitektur prägt. Die Subventions- und Kreditbestimmungen der Landwirtschaftsgesetzgebung orientieren sich ebenfalls einzig an den Massstäben der Rationalisierung und Vereinfachung des Betriebsablaufs, um die Kosten niedrig zu halten (104). Sie tragen deshalb ebenfalls das Ihrige dazu bei, dass neue Siedlungen fast immer als Landschaftsverunstaltungen in Erscheinung treten. Noch schlimmer als mit den Oekonomiegebäuden steht es mit den Wohnbauten (105). Soll sich daran etwas ändern, muss der Gedanke, dass neben wirtschaftlichen Erwägungen auch künsterlische Aspekte seit je die Architektur des Dorfes geprägt haben, und dass diese nicht verschüttet, sondern bewahrt werden sollten, in den massgebenden Kreisen der Landwirtschaft wieder Eingang finden. Das Problem ist seitens der Bauernschaft seit längerer Zeit von einzelnen erkannt (106), doch erst seit kurzem bestehen Anzeichen dafür, dass ihm mehr Beachtung auf breiterer Basis geschenkt werden soll. So verlangt die bernische Landwirtschaftsdirektion in ihren grundsätzlichen Forderungen an die Raumplanung nicht nur die Erhaltung des bestehenden bäuerlichen Kulturgutes, sondern auch eine architektonische Anpassung der Neubauten an das Landschafts- und Siedlungsbild. Sie ruft zur Beachtung der baupolizeilichen Aesthetikvorschriften auf (107). Die Schweizerische Vereinigung für Industrie und Landwirtschaft legt in ihrer Tätigkeit ebenfalls grosses Gewicht auf diese Fragen. Verschiedene von ihr realisierte Siedlungen zeigen Möglichkeiten auf, wie schöner gebaut werden kann (108). Neustens hat sich auch die Volkswirtschaftskammer Emmental dem Problem angenommen und Entwürfe neuer Bauernhoftypen erarbeitet (109). Die rechtlichen Grundlagen für eine ästhetisch befriedigende Bauweise sind in der Baugesetzgebung vorhanden, nämlich in den Landschafts- und Ortsbildschutzbestimmungen der Art. 5 BauG, Art. 4 - 9 BauV und in den Gemeindebaureglementen. Unsere Aus-

---

103 Oeffentliche Institutionen sind die Stelle für Bauern- und Dorfkultur der kant. Landwirtschaftsdirektion, die Denkmalpflege und die Inventarisierungsstelle der Kunstdenkmäler des Kantons Bern der kant. Erziehungsdirektion, eine solche privaten Rechts der Berner Heimatschutz.

104 z.B. Art. 14/a des BG über Investitionskredite und Betriebshilfe, Art. 31/a,g Bodenverbesserungsverordnung

105 Jahresbericht des Berner Heimatschutzes 1970 S. 14

106 Howald S. 107

107 Landwirtschaft und Raumplanung S. 4 Ziff. 6

108 Beispiele finden sich in der von ihr herausgegebenen Schrift "Bautypen für die Landwirtschaft". Der Sitz der Vereinigung ist Zürich.

109 "Der Bund" vom 20.10.1974 S. 17

führungen zu den Bauten nach Art. 24 treffen, was die Aesthetik betrifft, auch auf diejenigen nach Art. 23 zu (110). Es liegt an den Baupolizeibehörden unterer Stufe, also bei den Gemeinden und bei den Regierungsstatthaltern, diesen Vorschriften immer nachzukommen und nicht nur dann, wenn eine Aesthetikeinsprache erhoben wird.

5. DIE AENDERUNG BESTEHENDER BAUTEN GEMAESS ART. 23/3

5.1 Die Bedeutung der Bestimmung

Der Absatz 3 des Art. 23 erklärt den Umbau und die Erneuerung bestehender nichtlandwirtschaftlicher Gebäude im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung als zulässig. Massgebend ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Baugesetzes, also der 1.1.1971. Die Baubewilligung muss aufgrund der früheren Bauvorschriften erteilt worden sein (111). Die Bestimmung sichert den Eigentümern solcher Bauten zweierlei zu:

- Den Weiterbestand der durch die neue Gesetzgebung zonenfremd gewordenen Bauten (112). Darin eingeschlossen ist das Recht, die notwendigen laufenden Unterhaltsarbeiten vorzunehmen. Eine solche gesetzliche Zusicherung wird als "Besitzstandsgarantie" bezeichnet (113).
- Darüberhinaus sind auch grössere Bauarbeiten gestattet, Umbauten und Erneuerungen. Sie erlauben es, die Lebensdauer der Bauten unter Umständen ganz erheblich zu verlängern.

Eine zwingende Notwendigkeit zur Aufnahme dieser Bestimmungen in die Zonenvorschriften für das übrige Gemeindegebiet bestand grundsätzlich nicht, begründet doch die Baubewilligung als Polizeierlaubnis keine wohlerworbenen Rechte (114). Immerhin lassen sich rechtstheoretische, rechtspolitische, planerische und verwaltungstechnische Gründe für die Rechtfertigung der Vorschrift vortragen:

Aus der rechtstheoretischen Umschreibung der Baubewilligung als Polizeierlaubnis, welche dahinfällt, wenn sie zu neuen Bau- und Planungsvorschriften in Widerspruch gerät, müsste geschlossen werden, dass sämtliche nichtlandwirtschaftlichen Bauten ihrer Zonenwidrigkeit wegen entfernt werden müssten, zum mindesten ihre Lebensdauer nicht durch Umbauten oder Erneuerungen künstlich verlängert werden dürften. Das Interesse an einer möglichst reinen Verwirklichung der Planung vermöchte eine solche Aktion jedoch nicht zu rechtfertigen und wäre staatspolitisch auch nicht realisierbar. In

---

110 hinten Ziff. J.3.24,4.2, L.2.33

111 Zaugg N 4 zu Art. 23, ZBl 77 (1976) 152ff (aarg. Verwaltungsgericht)

112 Schaumann S. 267, Kappeler S. 37, Zimmerlin N 6,7 zu § 1, N 1 zu § 55 BO Aarau, Zaugg N 13 zu Art. 1 BauG. Forsthoff, S. 145 betrachtet solche Bauten nicht als baurechtswidrig: der baurechtlich relevante Tatbestand ist mit der Fertigstellung des Gebäudes beendet. Diese Ansicht ist u.E. unrichtig, denn die vollendete Baute ermöglicht eine bestimmte, dauernde Bodennutzung, welche erst mit dem Verschwinden der Baute aufhört.

113 Zaugg a.a.O.

114 vorn Ziff. G.1.2. Anderer Auffassung ist das bernische Verwaltungsgericht, zit. bei Siegenthaler, MbVR 68 (1970) S. 266 N 72

vielen Fällen besteht sogar ein planerisches Interesse am Weiterbestand solcher Bauten, nämlich überall dort, wo sie die Aufrechterhaltung einer minimalen Bevölkerungsdichte ermöglichen und eine ständige Verschlechterung der Wirtschaftsstruktur verhindern. Das betrifft vor allem die Randgebiete des Kantons (115).
Sämtliche Bauvorhaben, welche nach der geltenden Regelung im einfacheren Verfahren nach Art. 23/3 beurteilt werden können, wären ohne diese Vorschrift unter den Art. 24 gefallen. Meist hätte als wichtiger Grund für deren Bewilligung das öffentliche oder private Interesse am vorläufigen Weiterbestand der Baute anerkannt werden müssen. Der erhebliche Verwaltungsaufwand, den jedes Ausnahmegesuch mit sich bringt, hätte sich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nicht gerechtfertigt und keinen Gewinn gebracht.
Eine Regel im Baugesetz, welche bestimmt, was mit den bestehenden Bauten zu geschehen hat, dient der Rechtssicherheit. Die gewählte Formulierung schafft zwar gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten, hat sich in der Praxis aber als praktikabel erwiesen. Der Gebäudeeigentümer kann recht eindeutig aus dem Gesetz herauslesen, was er in ein Baugesuch für einen Umbau oder eine Erneuerung "hineinstecken" kann, und wann der Bogen überspannt sein dürfte.
Der Sinn des Art. 23/3 besteht darin, den bestehenden Gebäuden eine ihrer Konstruktion entsprechende durchschnittliche, allenfalls etwas längere Lebensdauer zu gewährleisten. Dagegen wäre es falsch, sie um jeden Preis und auf alle Zeiten bestehen zu lassen (116). Indem die Vorschrift als "Besitzstandsgarantie" verabsolutiert wird, und durch die Beschränkung der anderen Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet, welche den Besitz an einem bestehenden Gebäude sehr interessant machen, ist jedoch eine Zementierung der bestehenden Zustände vorauszusehen. In diese Richtung weist auch die Rechtsprechung zur materiellen Enteignung infolge Verbots einer bisher rechtmässig ausgeübten Bodennutzung (hinten Ziff. O.2.21,22).

5.2 Die Wahrung der bisherigen Zweckbestimmung

5.21 BEI DER VORNAHME BAULICHER MASSNAHMEN

Auf die Erneuerungs- und Umbaubefugnis kann sich nur berufen, wer mit seinem Bauvorhaben den Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung des Gebäudes wahrt. Zaugg gibt eine Reihe von Beispielen an, in denen die Zweckbestimmung gesprengt würde (117):

115 ähnlich Zimmerlin, N 1 und 2 zu § 55 BO Aarau. Schaumann S. 267f., schliesst die Beseitigung zonenfremder Bauten nicht aus, wenn das planerische Interesse im Einzelfall durchschlagend ist. Er räumt allerdings ein, dass dies für nichtlandwirtschaftliche Bauten in Grün- oder Landwirtschaftszonen nur selten möglich sein dürfte. Das bernische Verwaltungsgericht spricht von einem "allgemein anerkannten Grundsatz, dass neue Bauvorschriften und Zonenpläne die Rechte bestehender Betriebe nicht tangieren dürfen und die bisherige Benützung bestehender Gebäude und Einrichtungen gewahrt werden soll, wenn nicht polizeiliche Gründe zwingend dagegen sprechen" (VGE vom 22.2.1971 i.S. Brugger E.2.a). In dieser Formulierung widerspiegelt sich deutlich die Anerkennung eines wohlerworbenen Rechts für den Eigentümer altrechtlicher Bauten.

116 Zaugg N 14 zu Art. 1 BauG, ferner ZBl 77 (1976) S. 154

117 N 4 al.2 zu Art. 23

- bei Wohnbauten: die Umwandlung eines Ein- oder Zweifamilienhauses in ein Mehrfamilienhaus, eines Bauernhauses oder seiner Dependenzgebäude (Stöckli) in ein nicht zum Landwirtschaftsbetrieb gehörenden Wohn- oder Ferienhaus,
- bei Gewerbebetrieben: der Ausbau einer Autoreparaturwerkstätte zu einem Montagewerk, die Umgestaltung eines Schlossereibetriebs zu einer Maschinenfabik.

Der Rahmen der Zweckbestimmung ist damit *eng* gesteckt. In Anlehnung an diese Beispiele entschied das bernische Verwaltungsgericht, das Aufstellen einer Betonaufbereitungsanlage in einem bisher ausschliesslich zur Lagerung von Baumaterialien benutzten Werkhof sprenge dessen bisherige Funktion. Dieser würde dadurch zu einer Produktionsstätte erweitert, indem Vorgänge, welche früher auf den einzelnen Bauplätzen abgewickelt wurden, ins Werkhofgelände verlegt würden (118). Nach einem Entscheid des Regierungsrates wird die Zweckbestimmung gesprengt, wenn ein nur noch als Wohnhaus und Einstellraum für Maschinen benütztes Bauernhaus in einen Bauwerkhof umgebaut würde (119). Diese Auffassung ist richtig. Da die bestehenden zonenwidrigen Bauten durch eine weit über die blosse Unterhaltsbefugnis hinausgehende Umbau- und Erneuerungsbefugnis bereits privilegiert sind, ist zum mindesten die strenge Wahrung der bisherigen Zweckbestimmung unumgänglich. Die Bevorzugung im Vergleich zu den verbotenen Neubauten würde noch grösser, wenn etwa in eine grosszügig dimensionierte Villa drei oder vier Wohnungen oder ein halbes Dutzend Wohnstudios eingebaut werden oder auf dem Gelände eines Werkhofes ständig neue Zweige der Baubranche untergebracht werden könnten.
Allgemein lässt sich somit sagen:

- Bauliche Aenderungen dürfen weder die Funktion der Wohngebäude ändern noch die Zahl der Wohnungen vermehren.
- Betriebsgebäude und -anlagen dürfen durch bauliche Massnahmen nicht neuen Betriebszweigen dienstbar gemacht werden, ebensowenig ist eine vollständige Umgestaltung der bisherigen Betriebszweige gestattet.

5.22 DIE AENDERUNG DER ZWECKBESTIMMUNG OHNE VORNAHME VON BAUARBEITEN

Wie verhält es sich, wenn bestehende Gebäude einer neuen Zweckbestimmung zugeführt werden, ohne dass am Gebäude irgendwelche baulichen Veränderungen vorgenommen werden, oder nur solche, welche keiner Baubewilligung bedürfen, wie die "gewöhnlichen Unterhaltsarbeiten" oder "geringfügige bauliche Aenderungen im Innern" (Art. 6/1c, d BewD) ? Solche Fälle kommen häufig vor. Beispiele sind die Verkäufe von Bauernhäusern und Stöckli an Nichtlandwirte, welche sie als Wohn- oder Ferienhäuser benutzen, die Lagerung nichtlandwirtschaftlicher Erzeugnisse in einem Lagerhaus, in dem bisher landwirtschaftliche Produkte gelagert wurden usw.
Eine genaue Durchsicht des kompliziert aufgebauten Art. 5 BewD ergibt für unseren Zusammenhang:

---

118 VGE vom 10.9.1973 i.S. Bovisi
119 RRB Nr. 1868/1974

Abs. 1: Einer Baubewilligung bedarf ... jede wesentliche Aenderung der in Artikel 4 Absatz 1 genannten Bauten und Anlagen.

Abs. 2: Als wesentliche Aenderung gilt insbesondere:
.....

a) die Aenderung der Zweckbestimmung ..., wenn durch diese Aenderungen baurechtlich relevante Tatbestände betroffen werden, wie bei Aenderungen
.....
- welche die Zonenvorschriften ... berühren,
- welche zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen führen.

Aus diesem Wortlaut ist für eine Kategorie von Nutzungsänderungen auf die Baubewilligungspflicht zu schliessen, nämlich die *Zweckentfremdung von Bauten, die bisher der Landwirtschaft dienten.* Der Uebergang von der landwirtschaftlichen zu einer anderen Nutzung berührt die Zonenordnung, welche das übrige Gemeindegebiet primär der Land- und Forstwirtschaft vorbehält: ein Bauernhaus oder ein Stöckli wird anstatt von einem Landwirt von Personen bewohnt, welche nicht zur bäuerlichen Bevölkerung gehören, anstelle landwirtschaftlicher werden andere Produkte gelagert oder verarbeitet usw. Die Baubewilligungspflicht ist jedoch nur bei dauernden Zweckänderungen anzunehmen, also beim Verkauf von Gebäuden oder der Begründung langjähriger Mietverträge oder Baurechten. Impliziert nun die Baubewilligungspflicht für solche Zweckänderungen die Ausnahmebewilligungspflicht nach Art. 24 ? Wenn wir unterstellen, dass die Art. 23 - 25 BauG nur auf Bauten Anwendung finden (120), so ist die Frage zu verneinen. Das führt jedoch zu einem sinnlosen Ergebnis: die im Baubewilligungsdekret verlangte Baubewilligung könnte nicht erteilt werden, weil die Zonenvorschriften nicht eingehalten werden (Art. 2 BauG). Andererseits sieht Art. 46 BauG generell die Möglichkeit vor, unter gewissen Voraussetzungen Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften zu erteilen. Ob die Umwandlung von landwirtschaftlichen in nichtlandwirtschaftliche Bauten nun nach Art. 46 oder nach Art. 24 beurteilt wird, ist nicht sehr wesentlich. Ohne Erteilung von Ausnahmen von Art. 23/2 BauG geht es bei solchen "Baubewilligungen" jedenfalls nicht ab.
Die Formulierung in Art. 5 BewD lässt sich auf Art. 1 BauG abstützen, der die Baubewilligungspflicht umschreibt. Abs. 1 lit. a des Art. 1 stellt die "wesentliche Aenderung ... von Gebäuden, Gebäudeteilen und sonstigen baulichen Anlagen" als "Vorkehr" den Bauarbeiten im eigentlichen Sinn gleich. Die als "Bau"bewilligung bezeichnete Polizeierlaubnis für Aenderungen, welche einzig die Zonenvorschriften berühren und keine bautechnischen Vorgänge umfassen, hat allerdings den Charakter einer "Nutzungs"bewilligung (121).

---

120 hinten Ziff. J.1.6

121 Zaugg, N 15 zu Art. 1 BauG. Auch andere Baugesetzgebungen kennen für wesentliche Zweckänderungen die Baubewilligungspflicht, vgl. Zimmerlin, N 5 zu § 7 BO Aarau. Ohne es ausdrücklich festzustellen, bejaht der Regierungsrat in seinem Entscheid Nr. 1868/1974 E.2 die Baubewilligungspflicht für solche Tatbestände. Er erklärt, Bauernhäuser gälten auch dann noch als landwirtschaftliche Bauten, wenn sie nicht mehr als solche verwendet würden. Sonst könnten auf diese Weise die Zonenvorschriften für das übrige Gemeindegebiet umgangen werden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Auslegung des Art. 5 BewD, welche als formaljuristische Spielerei aufgefasst werden könnte, sehr wohl planerischen und vor allem landwirtschaftspolitischen Zwecken dienstbar gemacht werden könnte, wenn die Bewilligung der Zweckentfredmung von den strengen Voraussetzungen des Art. 24/2/d abhängig gemacht würde. Es ist ein eigentlicher Wettlauf auf den Erwerb landwirtschaftlicher Gebäude aller Art im Gang, der die Konkurrenzfähigkeit der Landwirte beim Erwerb solcher Objekte weitgehend auszuschalten droht. Das agrarpolitische Interesse an der Erschwerung der Zweckentfremdung landwirtschaftlicher Gebäude ist gleichzeitig ein raumplanerisches, nämlich an der effizienten Verwirklichung der Zonenordnung. Wenn das übrige Gemeindegebiet schon der Landwirtschaft erhalten bleiben soll, dann auch die Gebäude, welche für diese Bodennutzung errichtet, nach wie vor hierzu tauglich und von Landwirten begehrt sind. Schliesslich ist zu bemerken, dass bei der Zweckentfremdung landwirtschaftlicher Wohnbauten die gleichen unerwünschten gegenseitigen Beeinträchtigungen zwischen der umliegend betriebenen Landwirtschaft und den zweckentfremdeten Wohnbauten auftreten wie bei der Errichtung von Neubauten nach Art. 24 (122). Somit besteht ein durch die Bau- und Planungsgesetzgebung gedecktes Bedürfnis an der Bau- und Ausnahmebewilligungspflicht solcher Zweckänderungen.

Im weiteren hat die Zweckänderung landwirtschaftlicher Bauten meist eine wesentliche Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen zur Folge. Am stärksten betroffen werden die Belange des Gewässerschutzes. Denn sobald ein Bauernhaus nur noch als Wohn- oder Ferienhaus benützt wird, ist für die zweckmässige Beseitigung der anfallenden häuslichen Abwässer kaum Gewähr geboten, weil sie nicht mehr landwirtschaftlich verwertet werden können. Die Durchführung eines Gewässerschutzbewilligungsverfahrens ist daher unumgänglich (123). Es kann davon nur abgesehen werden, wenn ein Kanalisationsanschluss vorhanden ist.

Kann man auf diese Weise die unerwünschte Zweckentfremdung von landwirtschaftlichen Betrieben und Gebäuden juristisch in den Griff bekommen, so stellt sich andererseits die Frage nach der praktischen Durchsetzbarkeit. Sie ist jedoch lösbar. In vielen Fällen bestehen Einwirkungsmöglichkeiten bereits vor oder anlässlich der Veräusserung solcher Objekte, nämlich auf der Grundlage der Meliorationsgesetzgebung (124) und des landwirtschaftlichen Bodenrechts (125). Im weiteren sind in den meisten ländlichen Gemeinden die Gemeindebehörden recht genau darüber im Bild, ob und welche Veräusserungsabsichten, insbesondere von landwirtschaftlich interessanten Grundstücken, Heimwesen und Gebäuden ihre Mitbürger hegen. Sofern sie die Verhinderung von Zweckentfremdungen ernsthaft anstreben, ist

---

122 hinten Ziff. J.3.211

123 KGV Art. 56/1,3a,57

124 Hierher gehören vor allem das Zweckentfremdungs- und Zerstückelungsverbot für Grundstücke und Hochbauten, die mit öffentlichen Mitteln verbessert wurden, aber auch die Bewilligungspflicht für die Veräusserung und Verpachtung solcher Objekte an nicht selbstwirtschaftende Erwerber, vgl. Art. 55ff. des kant. Meliorationsgesetzes vom 26.5.1963.

125 Im Vordergrund stehen hier die Massnahmen des EGG, insbesondere das Einspruchsverfahren gegen Liegenschaftskäufe (EGG Art. 18ff., bernisches Einführungsgesetz hierzu vom 23.11.1952 Art. 8ff.). In der Praxis erweist sich das Einspruchsverfahren allerdings meist als stumpfe Waffe, Blocher S. 25ff. insbes. S. 28

es ihnen leicht möglich, auf die bau- und planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Benützung eines Bauernhauses als Wohn- oder Ferienhaus hinzuweisen und im geeigneten Zeitpunkt zu verfügen, dass die neue Zweckbestimmung erst nach erteilter Baubewilligung ausgeübt werden darf.

5.3 Unterhalt, Erneuerung und Umbau

Von blossen *Unterhaltsarbeiten* wird gesprochen, wenn dadurch "ein bestehendes Gebäude in seiner derzeitigen inneren und äusseren Gestaltung erhalten" bleibt (126). Sie können nach Art. 6/1/c BewD ohne Baubewilligung ausgeführt werden. Eine *Erneuerung* oder *Renovation* liegt vor, wenn "wesentliche Gebäudeteile ersetzt werden, ohne dass das Gebäude dadurch seinen bisherigen Charakter verliert". Sie lassen sich in Innen- und Aussenrenovationen unterteilen (127).

Art. 5/2/a,b BewD enthält hierzu eine beispielhafte Aufzählung:

> lit a: die äussere Umgestaltung, wie die Aenderung von Fassaden ...
>
> lit b: die Aenderung oder das Ersetzen tragender Teile der Baukonstruktion (Wände, Stützen, Decken, Dachstuhl u. dgl.).

Bei einem *Umbau* wird "das Verhältnis der Innenräume unter sich oder zur Aussenwelt verändert, ohne dass das Gebäude dadurch seinen bisherigen Charakter verliert". Auch hier wird zwischen Aussen- und Innenumbauten unterschieden (128). Art. 5/2/c BewD nennt hierzu die innere Umgestaltung von Bauten und Anlagen.
Die Unterscheidung zwischen Erneuerung und Umbau ist nicht immer einfach. Beim jeweiligen Bauprojekt sind oft beide Elemente enthalten. Dies mag der Grund sein, dass Art. 5 BewD die in Art. 23/3 BauG enthaltenen Begriffe nicht aufnimmt, sondern unter dem Begriff der *Aenderung* zusammengefasst.
Wesentlich sind die Abgrenzung von blossen Unterhaltsarbeiten einerseits und andererseits der Vorbehalt, dass durch die Bauarbeiten der Charakter des Gebäudes innen wie aussen erhalten bleiben muss. Erneuerungen und Umbauten dürfen nicht verkappte Neubauten sein. Ein solcher läge vor, wenn nicht nur einzelne, sondern alle oder die meisten tragenden Teile der Baukonstruktion ersetzt würden.

5.4 Erweiterung und Ausbau

Eine *Erweiterung* liegt vor, wenn das Volumen eines Gebäudes durch An- oder Aufbauten vergrössert wird (129). Beispiele sind der Anbau von Zimmern an ein Wohnhaus, die Aufstockung eines solchen, die Vergrösserung von Werkstätten usw. Art. 4 BewD setzt die Erweiterungen der Neuanlage gleich.

---

126 Zimmerlin N 12 zu § 7 BO Aarau
127 Kappeler S. 35
128 Kappeler S. 34
129 ebenda S. 35. Er spricht in diesem Zusammenhang von einer "Umgestaltung".

Um einen *Ausbau* handelt es sich, wenn Gebäude oder Gebäudeteile umgebaut und zugleich einer neuen Zweckbestimmung zugeführt werden. Beispiele hierzu sind:

- Erweiterung des Wohnraums dadurch, dass in einem leerstehenden Obergeschoss Zimmer oder eine Wohnung eingebaut werden,
- Ausbauten von landwirtschaftlichen Oekonomiegebäuden, Werkstätten, Einstellräumen usw. oder Teilen davon in Wohnräume oder Ferienwohnungen.

Art. 5 BewD rechnet die Ausbauten zu den *Aenderungen* von Bauten und Anlagen. Wie bereits erwähnt, lehnte der Grosse Rat einen Antrag, Abs. 3 des Art. 23 zu ergänzen, indem auch die Erweiterung bestehender Bauten zulässig sein sollte, ab. Dazu dürfte die Begründung des Präsidenten der vorberatenden Kommission beigetragen haben, diese Ergänzung sei überflüssig, weil in der Formulierung "Umbau und Erneuerungen im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung" die wirtschaftlich notwendige Erweiterung eines Betriebes implizit enthalten sei (130). Diese Auffassung ist unrichtig. Sowohl die Lehre (131) wie die bernische Baurechtspraxis (132) werten die Erweiterung und den mit einer Zweckänderung verbundenen Ausbau von Gebäuden als eigene Tatbestände, die von Umbauten und Erneuerungen zu unterscheiden sind. Immerhin fand die im Grossen Rat geäusserte Auffassung in Art. 8/2 NBR Eingang. Er lautet:

> Beim Inkrafttreten dieses Reglementes bestehende nichtlandwirtschaftliche Bauten dürfen erneuert und, soweit dies aus betrieblichen Gründen notwendig ist, auch erweitert werden.

Diese Lösung vermag nicht zu befriedigen. Begründet wird sie vorwiegend mit der wirtschaftlichen Notwendigkeit betrieblicher Erweiterungen. Die Expandierung von Unternehmungen entsprächen unserer Wirtschaftsverfassung und lägen somit im öffentlichen Interesse (133). Wenn schon dieser, den neuen Nutzungsbestimmungen zuwiderlaufende Sachzwang zu einer Privilegierung bestehender Betriebe führte, so hätte ein anderer, nämlich das Bedürfnis nach Erweiterung bestehender Wohnbauten bei veränderten Familienverhältnissen ebenso berücksichtigt werden sollen. Die im übrigen Gemeindegebiet liegende Zementfabrik kann sich fast ungehindert erweitern, während die Arbeiterfamilie, welche in einem kleinen geerbten Wohnhaus lebt, für dessen Erweiterung um zwei oder drei Zimmer, die zur Unterbringung der Familie unumgänglich sind, den Weg der Ausnahmebewilligung nach Art. 24 einschlagen muss.

---

130 Tagblatt 1969 S. 525f.

131 Schaumann S. 267f., Kappeler S. 66, Zimmerlin N 2 und 3 zu § 55 BO Aarau, Zaugg, N 4 al.2 zu Art. 23 BauG begründet seine anderslautende Auffassung nicht näher.

132 MbVR 60 (1962) S. 364, Siegenthaler MbVR 69 (1971) S. 220f. N 78, 70 (1972) S. 185 N 68a, 69, VGE i.S. Bovisi vom 10.9.1973 E.4, RRB 1868/1924 E.

133 Siegenthaler MbVR 68 (1969) S. 267 N 73, 69 (1970) S. 230 N 76, 70 (1971) S. 185f. N 68a, 69, Hubacher, Tagblatt 1969 S. 526

5.5 Wohnbauten und Ferienhäuser

Sie sind nach folgenden Grundsätzen zu beurteilen:

Nach Art. 23/3 zulässig sind Unterhalt, Umbau und Erneuerung im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung. Wir rechnen hierzu auch die Errichtung der üblichen Dependenzgebäude und -anlagen wie Garagen, Kaninchenställe, Werkzeugschuppen, Gartenhäuser und dergleichen. Die Bewilligungen für solche Fahrnis- und Kleinbauten sollten nur unter dem Vorbehalt des Widerrufs bei Zweckentfremdung der Bauten erteilt werden.

Unter Art. 24 fallen

- die Erweiterung,
- die Aenderung (Ausbau, Umbau, Erneuerung) verbunden mit einer Zweckänderung sowie
- die blosse Zweckänderung dann, wenn bisher der bäuerlichen Bevölkerung dienende Wohnbauten an Nichtlandwirte veräussert und von diesen bewohnt werden.

Keine bau- und wohnsanierungsbewilligungspflichtige Zweckänderung liegt vor, wenn die an Nichtlandwirte veräusserten Gebäude von Pächtern, Verwaltern oder Angestellten bewohnt werden, oder wenn Landwirte vorübergehend leerstehende Wohnungen oder Stöckli an Betriebsfremde vermieten.

5.6 Betriebsgebäude

Was den Unterhalt und die Aenderung betrifft, gelten die gleichen Grundsätze wie für die Wohnbauten. Verwickelter ist die Erweiterung. Es stellen sich zwei Probleme.

5.61 DIE FUNKTION DES NBR UND DIE GESETZMAESSIGKEIT DES ART. 8/2 NBR

Der Regierungsrat wertet Art. 8/2 NBR als authentische Auslegung des Art. 23/3 BauG durch den Grossen Rat (134). Das Verwaltungsgericht folgte dieser Meinung nicht. Es erklärte, massgebend sei die Umschreibung im Gesetz. Diese könne im Normalbaureglement, einem blossen Dekret, nicht ausgedehnt werden, da eine Ermächtigung fehle (135). Das Gericht nahm allerdings keine eingehende Ueberprüfung der Gesetzmässigkeit der Dekretsbestimmung vor, trotzdem es dies hätte tun können (136). Da die Frage nun aber aufgeworfen ist, ist ihr näher auf den Grund zu gehen.
Art. 111/1/a BauG wies den Grossen Rat an, ein Normalbaureglement in der Form eines Dekrets zu erlassen. Seine Funktion ist in Art. 16/1 BauG umschrieben. Es "ordnet die wesentlichen Gegenstände des Gemeindebaurechts gemäss Art. 17 unter Berücksichtigung der Bedürfnisse von Gemeinden mit einfachen Verhältnissen." Abs. 2 enthält eine beispielhafte Aufzählung. Abs. 3 erklärt das NBR als anwendbar,

134 Siegenthaler MbVR 71 (1973) S. 85 N 42
135 Urteil von 10.9.1973 i.S. Bovisi
136 MbVR 68 (1970) S. 240, ZbJV 80 (1944) S. 45ff. mit weiteren Hinweisen

soweit den Gemeindebauvorschriften keine Regel entnommen werden kann. Es gilt also als Ersatz-Bauordnung für Gemeinden ohne Baureglement und als ergänzendes Recht dann, wenn ein Gemeindebaureglement Lücken aufweist (137). Schon aus dieser Zweckbestimmung folgt, dass das NBR ebensowenig wie ein Gemeindebaureglement Vorschriften enthalten darf, die im Widerspruch zum BauG stehen. Das gleiche ergibt sich aus der Rechtsnatur des Dekrets als Verordnung zum Gesetz (138). Die Vorschriften über das übrige Gemeindegebiet gehören zu den zwingenden Bestimmungen des BauG. Für Durchbrechungen der Nutzungsordnung durch Vorschriften in Gemeindebaureglementen oder in der kantonalen Ersatzordnung ist kein Platz (139). Die Erweiterung von Gebäuden ist ein sich von der Erneuerung und vom Umbau unterscheidender Tatbestand. Gegenstand des Art. 23/3 BauG sind jedoch nur die Erneuerung und der Umbau. Es ist deshalb durchaus berechtigt, den Art. 8/2 NBR in diesem Punkt als gesetzwidrig zu bezeichnen. Es lassen sich andererseits auch Argumente für die Gesetzmässigkeit der Bestimmung anführen. Auszugehen ist dabei von der in Art. 26/4 KV dem Grossen Rat zugewiesenen Kompetenz, Gesetze und Dekrete authentisch auszulegen. Macht er davon Gebrauch, beispielsweise in der Form eines Dekrets, so wird ein neuer Rechtssatz geschaffen. Die authentische Gesetzesinterpretation ist "schlechthin verbindlich, gleichgültig ob sie den Inhalt des erläuterten Rechtssatzes richtig feststellt oder nicht". Denn sie "schöpft ihre Kraft ... ausschliesslich aus der formellen äusseren Autorität" (140). Könnte Art. 8/2 NBR in diesem Sinn, trotzdem sich der Grosse Rat bei der Beratung und Beschlussfassung über diese rechtliche Bedeutung kaum Rechenschaft gegeben haben dürfte (141), gewertet werden, so wäre er, da es sich um die Auslegung einer Gesetzesnorm (Art. 23/3 BauG) handelt, auch für die Gerichte verbindlich (142). Diese Annahme ist nicht abwegig, war doch schon während der Beratung des Art. 23/3 die Meinung verbreitet, die Erweiterung bestehender Betriebe sei begriffsnotwendig in der Umbau- und Erneuerungsbefugnis enthalten. Es würde sich somit um eine stillschweigende authentische Interpretation handeln. Dass sie sachlich unrichtig wäre, wäre wie gesehen unerheblich. Die Streitfrage braucht gegenwärtig nicht entschieden zu werden, da das Gewässerschutzrecht auf jeden Fall den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses verlangt, mit Ausnahme geringfügiger Erweiterungen (Art. 20 GSchG, Art. 25 AGSchV, hinten Ziff. M.3.22).

---

137 Zaugg N 1 zu Art. 16

138 wie Anm. 136

139 Das Problem ergänzender Gemeindebauvorschriften für das übrige Gemeindegebiet wird uns in Ziff. L beschäftigen.

140 BGE 41 I 14, zit. bei Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 244. Ferner Blumenstein Ernst, die authentische Gesetzesauslegung, MbVR 36 (1938) S. 1ff.

141 Weder im Protokoll über die Beratungen der grossrätlichen Kommission noch in demjenigen über die Verhandlungen im Ratsplenum finden sich Hinweise zu Art. 8 NBR. Blumenstein spricht von "Auslegungsbeschlüssen des Grossen Rates", ohne zu den formellen Voraussetzungen für solche Beschlüsse Stellung zu nehmen, a.a.O.S. 3,7

142 ZbJV 80 (1944) S. 46

Solange die Gerichte, also das bernische Verwaltungsgericht oder das Bundesgericht nicht formell die Gesetzwidrigkeit des Art. 8/2 NBR, was die Erweiterung bestehender Betriebe betrifft, festgestellt haben, ist es den Verwaltungsbehörden nicht verwehrt, an ihrer Auffassung, Art. 8/2 NBR stelle eine authentische Interpretation des Art. 23/3 BauG dar, festzuhalten. Wie bereits in Ziff. 5.21 oben erwähnt, kommt dabei der Feststellung über die Wahrung oder die Sprengung der Zweckbestimmung des zu erweiternden Betriebs erhebliche Bedeutung zu. Die Errichtung von Bauten für die Angliederung neuer Betriebszweige ist nicht gestattet. Damit sind insbesondere zwei Tendenzen ausgeschlossen:

- die Möglichkeit, einen untergeordneten Betriebszweig oder eine Filiale, welche im übrigen Gemeindegebiet geführt werden, zum Anlass zu nehmen, nach und nach den Grossteil oder die gesamte Aktivität des Betriebs dorthin zu verlegen,
- sukzessive Ausweitungen kleiner Gewerbebetriebe zu Grossbetrieben oder Industrieunternehmungen dadurch, dass den ursprünglichen laufend verwandte Betriebszweige angegliedert würden, beispielsweise einer Sägerei eine Zimmerei, eine Möbelschreinerei, schliesslich ein Verwaltungsgebäude und eine Vertriebsorganisation hinzugefügt würden, dass aus einer Tankstelle eine Autohandlung und -reparaturwerkstätte oder aus einer Bäckerei eine Biscuitfabrik entsteht.

6. HINWEISE ZUM BAUBEWILLIGUNGSVERFAHREN

Für Bauvorhaben, die nach Art. 23 zu beurteilen sind, ist das ordentliche, allenfalls das kleine Baubewilligungsverfahren nach den Vorschriften des Baubewilligungsdekrets durchzuführen.
Die Prüfung, ob ein Bauvorhaben nach Art. 23 bewilligt werden kann oder einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 bedarf, obliegt in erster Linie der Gemeindebaupolizeibehörde und der Baubewilligungsbehörde (in der Regel der Regierungsstatthalter)(143). Die kantonale Baudirektion ist als Oberaufsichtsbehörde über die Baupolizei verpflichtet, dafür zu sorgen, dass diese Prüfung sorgfältig und sachgerecht erfolgt. Sie entscheidet in Zweifelsfällen, ob eine Ausnahme erforderlich ist (144). Die Baubewilligungsbehörden haben ihr in solchen Fällen die Baugesuchsakten zur Stellungnahme zu überweisen. In den meisten Fällen wird zur Abklärung der Frage, ob ein konkretes Bauvorhaben der Land- oder der Forstwirtschaft dient oder standortgebunden ist, die entsprechende kantonale Fachdirektion beigezogen werden müssen.

---

143 Die Kompetenzordnung findet sich in den Art. 7 - 9 BewD

144 Art. 48/2 BewD lautet:
Es stehen ihr (d.h. der Baudirektion) folgende Befugnisse zu
a) sie entscheidet im Zweifelsfalle, ob ein Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf ...

7. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Wir können unsere Ausführungen zu den nach Art. 23 zulässigen Bauten, Anlagen und Vorkehren in einige Grundgedanken zusammenfassen:

- Gestützt auf Art. 23/2 sind nur diejenigen zonenkonformen und standortgebundenen Bauten zulässig, welche der Land- und Forstwirtschaft und den im primären Wirtschaftssektor hauptberuflich tätigen Bevölkerung dienen.

- Zu den Betriebsgebäuden gehören Bauten, welche für die jeweils betriebene land- und forstwirtschaftliche Bodennutzung erforderlich sind. Die Landwirte und die Forstwirte sind in der Disposition und in der Anlage der Bauten und damit in der Ausgestaltung ihrer Produktionsstruktur frei. Es ist den Baupolizeibehörden verwehrt, gestützt auf Art. 23 auf diese Struktur einzuwirken und unerwünschte oder lästige Betriebszweige fernzuhalten. Bei Bauten für blosse Nebenerwerbs-, Selbstversorgungs- oder Liebhaberbetriebe ist dafür zu sorgen, dass nachträgliche Zweckentfremdungen verunmöglicht werden (145).

- Zur bäuerlichen Bevölkerung und ihren Hilfskräften gehören Personen, die als Leiter oder Angestellte in einem landwirtschaftlichen Voll-, Zuerwerbs- oder Teilerwerbsbetrieb oder in einem der in den Sätzen 2 und 3 des Art. 23/2 genannten Betriebe hauptberuflich arbeiten, sowie die Eltern der Betriebsleiter. Die Familienarbeitsverfassung soll durch die Anerkennung des Stöckliprinzips aufrechterhalten bleiben können.

- Der Wohnraum soll einen anständigen, zeitgemässen Aufenthalt für die erwähnten Personen, ihre Ehegatten und ledigen Kinder gewährleisten.

- Nicht zur landwirtschaftlichen Bevölkerung gehören Eigentümer, welche selber nicht Landwirte sind, Landwirte, welche ihre Betriebe ausserhalb ihrer Familie veräussern oder verpachten sowie die Inhaber von Nebenerwerbs-, Selbstversorgungs- und Liebhaberbetrieben.

- Art. 23/2/Sätze 2 und 3 enthalten Präzisierungen zum Begriff des Landwirtschaftsbetriebs sowie Ausweitungen auf Betriebe, welche keine Landwirtschaftsbetriebe im eigentlichen Sinn darstellen. Handelsbetriebe sind nicht erwähnt.

- Der Abbau von Lagerstätten ist nach den Grundsätzen des Art. 5 BauG und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in der BauV und im NBR zu beurteilen. Verarbeitungsbetriebe sind nach Art. 24 zu behandeln.

- Bei Bauten für die Landwirtschaft sind die Aesthetikbestimmungen der kantonalen und kommunalen Baugesetzgebungen zu beachten. Es ist eine landschaftsverträgliche Bauweise anzustreben.

- Bei Umbauten und Erneuerungen von nichtlandwirtschaftlichen Bauten, welche nach Massgabe des alten Baurechts bewilligt wurden, ist die bisherige Zweckbestimmung zu wahren. Hieran ist ein strenger Massstab zu legen.

---

145 Hiezu auch hinten Ziff. J.6

- Werden bestehende nichtlandwirtschaftliche Gebäude oder Gebäudeteile erweitert oder ausgebaut und zweckentfremdet, ist dafür eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 erforderlich. Die Erweiterung bestehender nichtlandwirtschaftlicher Betriebe ist gestützt auf Art. 23/3 nur zulässig, wenn Art. 8/2 NBR als authentische Interpretation des Art. 23/3 BauG durch den Grossen Rat anerkannt wird. Das Problem kann offen bleiben, da Art. 20 GSchG in jedem Fall den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses verlangt, mit Ausnahme der geringfügigen Erweiterungen (Art. 25f. AGSchV).

- Einer Baubewilligung und einer Ausnahmebewilligung bedarf jede blosse Zweckänderung, durch welche bisher der Landwirtschaft oder der landwirtschaftlichen Bevölkerung dienende Bauten dauernd einer nichtlandwirtschaftlichen Nutzung zugeführt werden. Massgebend ist die Veräusserung solcher Objekte oder der Abschluss anderer privatrechtlicher Vereinbarungen, welche eine langfristige Zweckentfremdung bewirken, wie Baurechte und dergleichen.

J Die Baumöglichkeiten nach Art. 24 BauG

1. ZWECK UND KONKRETISIERUNG DES ART. 24

1.1 Zweck und Einordnung in das Bau- und Planungsrecht

Der Art. 24 des Baugesetzes bezweckt, im übrigen Gemeindegebiet weitere als die in den Absätzen 2 und 3 des Art. 23 bezeichneten Bauvorhaben zuzulassen. Er ist als Ausnahmebestimmung im Sinn des Baurechts aufgebaut. Das bedeutet, dass die Zulässigkeit weiterer Bauvorhaben von bestimmten, einschränkenden Voraussetzungen abhängt (vgl. Ziff. G.4). In casu bestehen sie im Vorliegen eines wichtigen Grundes und, kumulativ, im Fehlen wesentlicher Verletzungen öffentlicher Interessen. Eine weitere Erschwerung liegt darin, dass die Kompetenz zur Erteilung von Ausnahmen nicht bei den dezentralisierten, ordentlichen Baubewilligungsbehörden liegt, sondern bei der kantonalen Baudirektion und der kantonalen Landwirtschaftsdirektion (Art. 47/2,3 BauG). Der Ausnahmebestimmung können drei Funktionen zugeordnet werden:

- Sie soll unbillige Härten, welche die Nutzungsordnung einzelnen Grundeigentümern bringen kann, mildern. Das ist die klassische Funktion der baurechtlichen Ausnahmeklausel.
- Sie soll einen Ausgleich zwischen einzelnen, einander gegenüberstehenden öffentlichen Interessen ermöglichen.
- Sie dient zur Korrektur des gesetzlichen Aufbaus der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet: sie überbrückt den Widerspruch, dass zwar neben der land- und forstwirtschaftlichen Bodennutzung noch weitere Nutzungsarten zulässig sind, Art. 23 jedoch fast ausschliesslich land- und forstwirtschaftliche Bauvorhaben zum Gegenstand hat. Andere standortgebundene Neubauten können nur über den Umweg von Art. 24 erstellt werden.

Das Baugesetz enthält im vierten Abschnitt des ersten Teils eine allgemeine Regelung des Ausnahmerechts. Sie umfasst die Art. 46 - 50. Art. 46 umschreibt die Ausnahmevoraussetzungen:

> [1]Aus wichtigen Gründen können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften gewährt werden, sofern dadurch keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden.
>
> [2]Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden (Lastenausgleich gemäss Art. 51f.).

Aus gesetzessystematischer Sicht bestand somit keine Veranlassung, dem Art. 23 eine eigene Ausnahmebestimmung folgen zu lassen. Die Gründe sind rechtspolitischer Natur. Das kommt in der Entstehungsgeschichte klar zum Ausdruck: da die Nutzungsvorschriften zum erstenmal ernstzunehmende Beschränkungen der baulichen Nutzung ausserhalb des Baugebiets brachten, wollten die davon am stärksten Betroffenen eine ausdrückliche Umschreibung von Ausnahmemöglichkeiten an Ort

und Stelle verankert wissen.
Der Art. 24 befindet sich im Abschnitt über die Gemeindebauvorschriften, und zwar im Unterabschnitt über den Zonenplan. Er ist wie die Art. 23 und 25 unmittelbar geltendes kantonales Recht (146). Er lässt sich sowohl dem Baurecht wie dem Planungsrecht zuordnen: dem Baurecht insofern, als er sich auf einzelne Bauwerke bezieht, dem Planungsrecht insofern, als raumplanerische Interessen und Zielsetzungen zur Beurteilung der Zulässigkeit dieser Bauwerke beizuziehen sind. Sie können die Erteilung von Ausnahmen gebieten - so die Förderung neuer Fremdenverkehrs- oder Erholungsgebiete -, oder verbieten - so die Erhaltung geeigneter landwirtschaftlicher Produktionsflächen oder die Verhinderung einer ungeregelten baulichen Entwicklung einer Gemeinde. Das Beispiel des Art. 24 zeigt nochmals die Schwierigkeit und Fragwürdigkeit aller kategorischer Abrenzungsversuche zwischen Baurecht und Planungsrecht, von denen wir in Ziff. D.1.2 gesprochen haben.

1.2 Die Konkretisierung

Trotzdem das Institut der Ausnahmeklausel dem Baurecht seit langem bekannt war, fehlte beim Inkrafttreten des neuen Gesetzes eine den Bedürfnissen des Art. 24 genügende Arbeits- und Beurteilungsmethode.

1.21. DIE BISHERIGE LEHRE UND PRAXIS ZU BAURECHTLICHEN AUSNAHMEVORSCHRIFTEN

Das Ausnahmerecht ist eine typische Erscheinung der Rechtsverwirklichung. Es geniesst in der Rechtswissenschaft im allgemeinen keinen guten Ruf, verwässert es doch das Normensystem (147). Es ist vor allem dazu bestimmt, Härtesituationen zu meistern (148): die notwendigerweise schematischen, wenig elastischen Bau- und Planungsvorschriften vermögen den vielfältigen tatsächlichen Verhältnissen nicht immer gerecht zu werden. Darunter sind zu verstehen:

- Die Besonderheiten topografischer Verhältnisse, die Parzellierungsverhältnisse oder die Beziehungen von Baugrundstücken zu öffentlichen Anlagen und öffentlichen Sachen wie Strassen oder Gewässer.
- Die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse der Grundeigentümer oder anderer Personen, die an Grund und Boden Nutzungsrechte ausüben.

Solche Verhältnisse können danach rufen, in begründeten Einzelfällen von der Einhaltung einer Bauvorschrift zu dispensieren. Die Lehre hat diese von der Gerichtspraxis entwickelte Umschreibung der Funktion von Ausnahmeklauseln und die Beurteilungsmethoden, soweit davon überhaupt die Rede sein kann, weitgehend übernommen (149).

---

146 Zum Verhältnis zu den Gemeindebauvorschriften hinten Ziff. L

147 Huber, vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht S. 63, weitere Hinweise bei Zimmermann, S. 38 Anm. 64 und 65

148 Für das bernische Recht Siegenthaler, MbVR 71 (1973) N 88 S. 174 sowie die Beispiele in den N 89ff. und in MbVR 69 (1971) N 73ff., 70 (1972) N 57ff. Für das zürcherische Recht ZBl 66 (1965) S. 178, Zimmermann, S. 49ff. Ferner Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 222 S. 81ff.

149 Zimmermann S. 1, Zaugg N 1 und 2 der Vorbemerkungen zu Art. 46 - 50 BauG, Suter S 84f., Zimmerlin N 1 zu § 3 BO Aarau, Friauf S. 419f.

1.22 DIE NOTWENDIGKEIT EINER NEUEN METHODE ZUR KONKRETISIERUNG DES ART. 24

Für die Konkretisierung des Art. 24 erweist sich die überlieferte Beurteilungspraxis von Ausnahmeklauseln aus verschiedenen Gründen als unzulänglich:

a) Art. 23 BauG statuiert für den grössten Teil des Kantonsgebiets ein Bauverbot. Es betrifft eine grosse Kategorie von Bauten. Sehr viele Eigentümer erfahren Einschränkungen in den Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten ihrer Grundstücke. Umso grössere Bedeutung messen sie der Erteilung von Ausnahmen zu. Während die Baumöglichkeiten im Baugebiet durch die Verweigerung oder Bewilligung kleinerer Abweichungen von Bauvorschriften nach der herkömmlichen Beurteilungsmethode in der Regel nicht stark beschnitten oder erweitert werden, hängt für viele Eigentümer eine interessante Verwertung ihrer Grundstücke im übrigen Gemeindegebiet davon ab, ob sie einen Dispens im Sinn von Art. 24 erhalten.
Die Auslegung des Art. 24 hat somit nicht nur die Zielsetzungen, die mit der Abgrenzung des Baugebiets vom übrigen Gebiet verfolgt werden, zu beachten, sondern sie muss krasse Rechtsungleichheiten zwischen den Grundeigentümern vermeiden. Sie muss einfach, zweckmässig, jederzeit nachprüfbar sein.

b) Ueber die sehr allgemeine Umschreibung des Härtefalls hinaus hat die überlieferte Ausnahmepraxis kaum Grundprinzipien entwickelt. Die Folge davon ist eine verwirrende Unübersichtlichkeit, oft auch Widersprüchlichkeit der Rechtskonkretisierung. So liess der bernische Regierungsrat die bevorstehende Aenderung des Zonenplans manchmal als wichtigen Grund für Dispense für Bauprojekte gelten, die bereits auf die neuen Vorschriften zugeschnitten waren, manchmal nicht (150). Folge davon ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit (151).

c) Die Uneinheitlichkeit der Praxis lag allerdings zum Teil daran, dass das bisherige bernische Baurecht auf kantonaler Ebene weitgehend Ermächtigungsrecht an die Gemeinden war. Es waren daher überwiegend die Gemeinden, die von der Einhaltung ihrer Vorschriften dispensierten. Solche Ausnahmebewilligungen waren und sind auch nach geltendem Recht (Art. 47/1 BauG) von der kantonalen Baudirektion *bloss zu genehmigen*. Die Prüfung erstreckt sich nur auf die Rechtmässigkeit, die Ermessensüberschreitung und den Ermessensmissbrauch. Eine Zweckmässigkeitsprüfung findet nicht statt (152).

d) Demgegenüber besteht die Aufgabe der kantonalen Behörden bei der Auslegung von Art. 24 in der *Erteilung* von Ausnahmen, nicht in deren blossen nachträglichen Sanktion. Es steht ihr der gesamte, in der Ausnahmeklausel enthaltene Auslegungs- und Ermessensspielraum zu. Die Gemeindebaupolizeibehörden haben nur ein Antragsrecht. Die kantonalen Behörden sind an ihre Anträge nicht ge-

---

150 Siegenthaler, MbVR 71 (1973) N 89 und 90. Für die zürcherische Praxis Zimmermann S. 48

151 Zimmermann S. 37, Zimmerlin N 3 zu § 3 BO Aarau

152 Zaugg N 3 zu Art. 47 BauG

bunden (153). Sie können Ausnahmen entgegen der Stellungnahme der Gemeinde verweigern oder erteilen. Massgebend sind allein ihre eigenen Beurteilungsgrundsätze.

e) Wie bereits oben in Ziff. 1.1 ausgeführt, und wie in den folgenden Ziffern weiter zu entwickeln sein wird, sind mit dem Art. 24 nicht nur Härtefälle im hergebrachten Sinn zu lösen. Diejenigen Bauvorhaben, welche aus anderen Gründen bewilligt werden, sind in der Mehrzahl. Gerade für diese Fälle bot die bisherige Ausnahmepraxis keine Auslegungshilfen.

f) Da sich die Lehre, soweit sie sich mit dem Ausnahmerecht beschäftigte, weitgehend an die Verwaltungs- und Gerichtspraxis anlehnte, bot sie keine Alternativen.

Es ist somit eine Methode zu suchen, die es erlaubt, den in Art. 24 BauG enthaltenen, weitgesteckten Auftrag an die rechtsanwendenden Behörden zur Rechtskonkretisierung zu erfüllen (154). Ungeeignet ist die *axiomatisch-deduktive* Methode (155). Sie ist bereits durch die Formulierung des Art. 24 ausgeschlossen. Denn diese enthält keine Grundannahme oder -entscheidung, die es erlauben würde, mittels formal-logischen Deduktionen die Ausnahmetatbestände zu bestimmen und die einzelnen Sachverhalte darunter zu subsumieren. Es muss umgekehrt von den Sachverhalten ausgegangen werden, die in den vielfältigsten Formen an die Behörden herangetragen werden. Das gebietet die Konstruktion der Ausnahmebestimmung, welche mit den Begriffen des wichtigen Grundes und der öffentlichen Interessen, vermehrt um einige Beispiele, arbeitet. Sie enthält in sich die Notwendigkeit, auf *topischem* Wege vorzugehen, um im Einzelfall einen sachgerechten Entscheid zu gewährleisten. Die Topik vermag zwar keine abschliessende Konkretisierung des Art. 24 zu garantieren. Sie weist aber den Weg, auch für neue Sachverhalte die richtige Lösung zu finden. Dass dabei unausgesetzt Werturteile, insbesondere gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Natur, zu fällen sind, werden wir im folgenden feststellen.

1.3 Grundsätzliches zur Topik

Es ist unumgänglich, einige Erläuterungen zur Methode der Topik vorauszuschicken, da sie nicht zum allgemein bekannten Rüstzeug des Juristen gehört (156).
Der Ansatzpunkt des topischen Denkens ist *das Problem*, das ist "jede Frage, die anscheinend mehr als eine Antwort zulässt". Gesucht wird eine Antwort als Lösung. Der Arbeitsprozess wickelt sich folgendermassen ab: "Das Problem wird durch entsprechende Umformulierung in einen vorgegebenen mehr oder weniger expliziten und mehr oder weniger umfänglichen Ableitungszusammenhang gebracht, aus welchem die Antwort erschlossen wird. Nennt man einen Ableitungszusammenhang

153 Zaugg N 5 zu Art. 24, RRB Nr. 3176/1974 E.3, 1610/1974 E.4 und viele weitere
154 zur Chrakterisierung des Ermessens als Auftrag zur Rechtskonkretisierung durch die Verwaltung vgl. Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte S. 35f. und Anm. 64
155 Viehweg S. 25, 53ff., Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte S. 28f.
156 Im einzelnen sei zur Geschichte und Methode der Topik auf die Arbeit von Viehweg verwiesen.

ein System, könnte man in noch kürzerer Sprechweise sagen, dass das Problem zum Zwecke der Lösung in ein System eingeordnet wird" (157). Es wird so vorgegangen, dass "man mehr oder weniger zufällige Gesichtspunkte in beliebiger Auswahl versuchsweise aufgreift. Man sucht auf diese Weise sachlich passende und ergiebige Prämissen, um Folgerungen ziehen zu können, die uns etwas einleuchtend erschliessen" (158). Solche Gesichtspunkte werden als Topoi bezeichnet (159). Sie können gegliedert oder einfach immer wieder als "Repertoire von Gesichtspunkten", als "Topoikataloge" für die Lösung der gestellten Probleme benutzt werden (160).
Völlig neu ist die topische Methode in der Konkretisierung von Ausnahmerecht nicht. Sie wurde jedoch unbewusst angewendet. Ansätze zu Topoi-Katalogen finden sich in einzelnen Grundsätzen, die trotz ungenügender methodischer Bewältigung des Gegenstandes, entwickelt wurden. Aus der bernischen Praxis wären etwa folgende Sätze zu nennen:

- Das vorbestandene Gewerbe hat in Wohnzonen Anspruch auf Ausnahmebewilligungen für betrieblich notwendige Erweiterungsbauten (161).
- Wer einen Präzendenzfall nachweist, hat Anspruch auf Gleichbehandlung (162).
- Die Ausnahmebewilligung ist kein Planungsinstrument und kann revisionsbedürftige Bauvorschriften nicht ersetzen (163).

Die Topik ist keine ausschliesslich juristische Arbeitsmethode, sondern kann jeder Wissenschaft dienstbar gemacht werden. Ihr Begründer war Aristoteles (164). Verständlich und in ihrer vollen Bedeutung fassbar wird sie nur, wenn sie in ihren geistesgeschichtlichen Zusammenhängen gesehen wird. Durch das Systemdenken der Aufklärung, welche der Jurisprudenz das axiomatisch-deduktive "Vernunftrecht" brachte, wurde sie für lange Zeit verschüttet (165).

1.4 Die topische Methode in der Konkretisierung des Art. 24

Ich will im folgenden zeigen, dass sich die Topik für die Konkretisierung des Art. 24 fruchtbar machen lässt. Wir können den Arbeitsprozess in drei Schritte aufteilen:
Der erste Schritt befasst sich mit dem *wichtigen Grund*. Es werden alle Gesichtspunkte, die in den Einzelfällen für die Annahme eines wichtigen Grundes geltend gemacht werden, zusammengetragen. Dann

---

157 Viehweg S. 16
158 ebenda S. 18
159 topos (griech., Mehrzahl topoi): Ort, Platz; in übertragenem Sinn Punkt einer Beweisführung (nach Menge-Güthling, Enzyklopädisches Wörterbuch der griechischen und deutschen Sprache).
160 Viehweg S. 18
161 oben Anm. 133
162 Siegenthaler, MbVR 69 (1971) N 73 S. 218, N 80 S. 222 N 81 S. 223, 71 (1973) N 100 S. 178.
163 Zaugg, N 1a der Vorbemerkungen zu Art. 46 - 50 BauG mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis. Ebenso das zürcherische Recht, Zimmermann S. 47
164 Viehweg S. 6ff., Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte S. 27f
165 Viehweg S. 53ff., Bäumlin a.a.O. S. 28

werden sie beurteilt und gewertet. Gemessen wird dabei einerseits an den Zielsetzungen, die mit der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet angestrebt werden, andererseits an den Interessen des Grundeigentümers oder des Baugesuchstellers. Wir werden sehen, dass letztere unter Umständen auch ein öffentliches Interesse für sich haben können. Anhaltspunkte bilden die im Art. 24/2 bereits umschriebenen Tatbestände. Einzelne Gesichtspunkte können sich durch diese wertende Tätigkeit zu wichtigen Gründen verdichten, andere dagegen nicht. Es ergeben sich also zwei Reihen oder Kataloge:

- Topoi, welche einen wichtigen Grund darstellen,
- Topoi, welche keinen wichtigen Grund darstellen.

Der zweite Schritt untersucht die *öffentlichen Interessen*. Er stellt alle Gesichtspunkte, welche für die Verhinderung der einzelnen Bauvorhaben sprechen, fest. Hier kristallisieren sich drei Reihen heraus:

- Topoi, welche durch Art. 24 zu schützende oder zu verwirklichende öffentliche Interessen darstellen,
- Topoi, welche zwar zu schützende oder zu verwirklichende öffentliche Interessen darstellen; zu ihrer Berücksichtigung bildet aber der Art. 24 keine hinreichende gesetzliche Grundlage,
- Topoi, welche keine aktuellen, zu schützenden oder zu verwirklichenden öffentlichen Interessen darstellen.

Der dritte Schritt enthält die *Konfrontation* der wichtigen Gründe und der öffentlichen Interessen im Einzelfall. Ist ein wichtiger Grund vorhanden, so ist zu prüfen, ob entgegenstehende öffentliche Interessen die Erteilung einer Ausnahme verbieten, oder ob solche Interessen fehlen, die Ausnahme somit bewilligt werden kann. Liegt kein wichtiger Grund vor, so kann keine Ausnahme erteilt werden. Die Konfrontation hat bereits stattgefunden, nämlich im ersten Schritt, bei der Bewertung der einzelnen Gesichtspunkte, bei der Frage: was bedeutete es im Hinblick auf die Zielsetzungen, welche mit dem grundsätzlichen Bauverbot im übrigen Gemeindegebiet angestrebt werden, wenn dieser und jener Gesichtspunkt als wichtiger Grund anerkannt würde?
Dieser dritte Schritt stellt eine Verbindung logischer Gedankenfolgen mit wertender Arbeit dar. Erstere sind aus der Konstruktion "wichtiger Grund/keine Verletzung öffentlicher Interessen" als Voraussetzungen zur Erteilung von Ausnahmen zu ziehen: aus der *kumulativen* Verknüpfung folgt, dass beim Fehlen auch nur einer der Voraussetzungen eine Ausnahme nicht erteilt werden kann. Dies gilt auch dann, wenn im Einzelfall feststeht, dass öffentliche Interessen zwar nicht betroffen würden, aber auch kein wichtiger Grund für die Erteilung der Ausnahme spricht. Logisch-systematisch ist dieser Schluss einwandfrei. Dennoch vermag er in vielen Fällen nicht zu befriedigen. Wir stossen hier auf den Kern des ewigen Vorwurfs an die Juristen als der ewigen Formalisten: häufig ist schlechterdings nicht ersichtlich, weshalb dieses oder jener Bauvorhaben einzig deshalb nicht soll bewilligt werden können, weil es an einem wichtigen Grund fehlt. Hier kann nur topische Gedankenarbeit weiterhelfen, indem nach weiteren Topoi gesucht wird, welche Lö-

sungen für die sinnlos scheinenden Konflikte anbieten (166). Die Topoi-Kataloge stehen also nicht beziehungslos nebeneinander, sondern in einem Bezugssystem zueinander, welches aus logisch-deduktiven und topisch-interpretativen Elementen besteht (167). Ein Beispiel soll dies veranschaulichen. Stehen Topoi aus der Reihe der wichtigen Gründe und solche aus der Reihe entgegenstehender öffentlicher Interessen einander gegenüber, so müsste aus logisch-systematischer Sicht das Ergebnis lauten: die Ausnahme kann nicht erteilt werden, denn es stehen öffentliche Interessen entgegen. In Einzelfällen, besonders wenn es sich um echte Härtesituationen handelt, vermag dies nicht zu befriedigen. Hier muss auf die *Intensität* der im Spiel stehenden Topoi zurückgegriffen, also eine eigentliche Interessenabwägung vorgenommen werden. Dabei hat unter Umständen ein Topos öffentlicher Interessen, der sonst durchschlagend ist, vor einem solchen wichtiger Gründe zurückzutreten.
Dieser Arbeitsvorgang, der in zahllosen Sachverhalten nach Gemeinsamkeiten sucht, vermag eine konsequente, rational jederzeit überprüfbare, den Zielsetzungen für die Landschaftsstruktur genügende Praxis zu schaffen. Er wird mit der Zeit zu recht geschlossenen Katalogen wichtiger Gründe und hinreichend konkretisierter öffentlicher Interessen, die zu schützen sind, führen. Diese Kataloge werden infolge neuer Gesetze von Zeit zu Zeit modifiziert werden müssen. Das war beim Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Gewässerschutzgesetzgebung bereits einmal der Fall und wird bei der künftigen Anpassung des Baugesetzes an das eidgenössische Raumplanungsgesetz wiederum nötig sein.

1.5 Unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen in Art. 24

Die erörterte Methode zur Konkretisierung des Art. 24 vernachlässigt die in der schweizerischen Rechtslehre und Rechtsprechung geläufige Unterscheidung zwischen unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessen.
Unbestimmt sind *Gesetzesbegriffe*, welche mehrere Deutungen zulassen. Die Mehrdeutigkeiten können gewollt oder ungewollt, unausweichlich oder zweckbedingt sein. Sie kommen in den Tatbestandsumschreibungen der Rechtssätze vor. Aufgabe der Rechtsanwendung ist es, solche Begriffe von der Vieldeutigkeit zur Eindeutigkeit zu führen (168). In seiner Rechtsprechung billigt das Bundesgericht dabei den unteren Gerichts- und Verwaltungsinstanzen einen Beurteilungsspielraum zu. Es weicht von der Sinngebung eines unbestimmten Gesetzesgriffs nicht ab, wenn sie sachlich vertretbar ist. Dieser Spielraum hält sich allerdings in engen Grenzen, da die Rechtskontrolle sonst in unzulässiger Weise beschränkt würde. Das Gleiche gilt nach dieser Praxis für die Ueberprüfungsbefugnisse kantonaler Gerichte (169).

---

166 Ein Beispiel eines solchen Topos ist der wichtige Grund der "Baulückenfüllung", welcher uns in Ziff. J.2.254 begegnen wird.
167 Viehweg spricht von "logischen Bindungen", S. 23
168 Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 140ff. Bestimmte Gesetzesbegriffe sind allerdings selten, ebenda S. 140 oben
169 BGE 96 I 373 mit Verweisungen

Das *Ermessen* wird als "individualisierende Zumessung von Rechtsfolgen" umschrieben (170). Es befasst sich also mit der Rechtsfolgeseite des Rechtssatzes und "eröffnet einen Entscheidungs- oder Gestaltungsspielraum" für die rechtsanwendenden Behörden. Im Rechtssatz wird es häufig mit dem Wort "kann" ausgedrückt (171).
In Art. 24 finden wir zwei unbestimmte Gesetzesbegriffe, nämlich die "wichtigen Gründe" und die "entgegenstehenden wesentlichen öffentlichen Interessen" (172). Beide sind im Gesetz durch Beispiele erläutert. Ob die Formulierung "kann die Erstellung nichtlandwirtschaftlicher Bauten bewilligt werden" der Verwaltung echtes Ermessen eingeräumt, ist fraglich, insbesondere was die Rechtsfolgen für die in Absatz 2 umschriebenen wichtigen Gründe anbelangt (173). Die Beantwortung dieser Frage erscheint mir allerdings nicht entscheidend. Denn der Art. 24 steht als Beispiel dafür, dass die Unterscheidung von unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessen künstlich ist. Sie gibt für die Praktikabilität der Bestimmung wenig her. Auf Schritt und Tritt begegnen uns nämlich Verknüpfungen der unbestimmten Begriffe mit dem Ermessen (174). Die zu konkretisierenden Begriffe "wichtige Gründe" und "entgegenstehende wesentliche öffentliche Interessen" bewegen sich in viel grösseren Spielräumen als die daran anknüpfenden Rechtsfolgen. Letztere fliessen im Einzelfall aus dem Ergebnis der Auslegung der beiden Gesetzesbegriffe und sind beschränkt. Sie bestehen entweder in der Zulassung, allenfalls unter Auflagen oder Bedingungen, oder in der Abweisung des vorgelegten Bauprojektes. Die durch die Topik geprägte Methode der drei Schritte: Bestimmung der wichtigen Gründe, Bestimmung der entgegenstehenden öffentlichen Interessen und Konfrontation trägt diesen Verknüpfungen Rechnung. Sie legt allen drei Schritten die vom Gesuchsteller erhoffte Rechtsfolge zugrunde, denn diese stellt das eigentliche "Problem" im Sinne der Topik dar. Dieses Problem wird im Lichte des vielfältigen Netzes von Ueberlegungen zu den wichtigen Gründen und den entgegenstehenden öffentlichen Interessen betrachtet und gelöst. Die Unterscheidung zwischen unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessen erscheint hierzu überflüssig (175).

1.6 Die ausnahmepflichtigen Bauvorhaben

Gemäss dem Marginale und dem Absatz 1 von Art. 24 bedarf "die Erstellung nichtlandwirtschaftlicher Bauten" einer Ausnahmebewilligung. Das bernische Verwaltungsericht setzte sich in seinem Urteil vom 20.5.1974 i.S. Räss mit diesem Begriff auseinander. Es kam zu folgenden Schlüssen:

Das bernische Baurecht unterscheidet zwischen Bauten, Anlagen und anderen baubewilligungspflichtigen Vorhaben (Art. 1 Abs. 1 BauG). Es fasst alle baubewilligungspflichtigen Tatbestände unter dem Oberbegriff "Bauvorhaben" zusammen (Art. 1 Abs. 1 BewD). Der Begriff

---

170 Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 221 Bem. III. S. 74
171 Gygi, a.a.O. S. 142f.
172 BGE 99 Ia 138. Nach der Einteilung von Gygi gehören sie zur Gruppe der "Wertbegriffe", a.a.O. S. 143, 144, ferner Imboden, a.a.O. S. 74
173 Gygi, a.a.O. S. 143, vgl. auch hinten Ziff. J.2.4
174 Gygi, a.a.O. S. 139, Imboden, a.a.O. S. 73 lit. c, S. 75, Forsthoff S. 84f., 87
175 Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, S. 35f.

der Baute ist somit enger als derjenige des Bauvorhabens. Unter einer Baute ist ein Gebäude zu verstehen, d.h. ein mindestens teilweise umbauter Raum zum Schutz von Personen oder Sachen gegen atmosphärische Einwirkungen (176). Der Art. 24 - wie übrigens auch der Art. 23 - spricht nur von "Bauten". Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber dem Bautenbegriff an dieser Stelle eine weitergehende Bedeutung im Sinn von "Bauvorhaben" geben wollte als im übrigen Baurecht. Deshalb bedürfen nur Bauten im eigentlichen Sinn einer Ausnahme. Die anderen baubewilligungspflichtigen Tatbestände sind nach Art. 5 BauG und den zugehörigen Ausführungsvorschriften in Art. 4ff. BauV und Art. 29 BewD zu beurteilen.
Das Urteil bezog sich auf einen offenen Lagerplatz für Industrieerzeugnisse (Art. 4/1/d BewD). Sinngemäss dürfte es aber auch für Campingplätze, Ablagerungs- und Materialentnahmestellen heranzuziehen sein. Es bleiben einige Widersprüche offen:
Der Begriff der Baute umfasst nicht nur Gebäude, sondern auch weitere Bauwerke, welche mit dem Boden verbunden werden (vorn Ziff. G.1.1). Art. 24 umfasst auch diese Bauwerke denn er verwendet den Begriff "Baute", nicht "Gebäude". So erklärte das Verwaltungsgericht in einem etwas früher ergangenen Urteil (177), das Aufstellen einer Betonmischanlage in einem Werkhof stelle einen Tatbestand dar, der unter Art. 24 BauG falle. Die Anlage wurde als "Baukörper" bezeichnet. Sie ist kein Gebäude, sondern eine Baute. Die beiden Urteile zeigen den von der Gesetzessystematik herbeigeführten Widerspruch auf: Das Anlegen eines Lager- oder Campingplatzes, einer Ablagerungs- oder Materialentnahmestelle ist ohne Ausnahme nach Art. 24 BauG zulässig und einzig nach Art. 5 BauG zu beurteilen, solange keine Bauten erstellt werden. Sobald solche errichtet werden sollen, ist hierfür eine Ausnahme nach Art. 24 nötig. Was liegt nun für den Bauherrn näher, als sich zuerst die Anlage ohne Bauten bewilligen zu lassen und nach ihrer Inbetriebnahme das Bau- und Ausnahmegesuch für die zudienenden Betriebsgebäude zu stellen? In der Zwischenzeit hat er einen Sachzwang geschaffen, der die zuständigen Behörden stark beeinflussen wird. Der Einwand, die Bauvorhaben ohne Bauten müssten nach Art. 5/2 BauG ebenso sorgfältig geprüft werden wie nach Art. 24, ist nur richtig, was die öffentlichen Interessen angeht. Ein wichtiger Grund muss nicht vorliegen. Nach Art. 29 BewD steht es weitgehend im Ermessen der Baubewilligungsbehörde, ob sie die Bauvorhaben der Baudirektion überhaupt zur Beurteilung überweisen will (vgl. Ziff. J.3.24). Die Direktion wird in vielen Fällen von ihnen erst dann Kenntnis erhalten, wenn später das Ausnahmegesuch für eine Baute gestellt wird. Aus dieser Sicht erhellt, dass zwar nach Wortlaut und systematischer Stellung im Gesetz die Auslegung im erstgenannten Urteil des Verwaltungsgerichts vertretbar, in bezug auf Sinn und Zweck der bau- und planungsrechtlichen Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet dagegen fragwürdig ist.

---

176 vgl. auch vorn Ziff. G.1.3
177 VGE vom 10.9.1973 i.S. Bovisi, vgl. vorn Ziff. I.5.21

Wie bereits verschiedentlich festgestellt, lässt die Nutzungsordnung nebst der landwirtschaftlichen noch weitere Bodennutzungen zu. Diesen Ansatzpunkt verlässt das Gesetz bei der Regelung der grundsätzlich und ausnahmsweise zulässigen Bauten. Hier legt es den anschaulicheren, aber nutzungsplanerisch ungenügenden Unterschied zwischen landwirtschaftlichen und nichtlandwirtschaftlichen Bauten zugrunde. Das sollte dann folgerichtig für alle baubewilligungspflichtigen Tatbestände gelten. Stattdessen schafft das Gesetz ein Tertium: die Tatbestände der Anlagen und Vorkehren sind zwar bau-, aber nicht ausnahmebewilligungspflichtig; die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung sind dafür, quasi als Ersatz für die fehlende Ausnahmebewilligungspflicht, strenger als für gewöhnliche Bauten; die eine Seite der Ausnahmeregelung wird übernommen, nämlich die Generalklausel, dass den Bauvorhaben keine bedeutenden öffentlichen Interessen entgegenstehen dürfen (Art. 5/2 BauG).
Um Klarheit in die Rechtslage zu bringen, revidierte und ergänzte der Regierungsrat die Bauverordnung. Ich habe die neue Regelung für die *Materialentnahmestellen* in Ziff. I.3.12 bereits skizziert. Die gleichen Vorschriften gelten für *Ablagerungsstellen* für Schutt Altmaterial und Abfälle aller Art. Gemäss des neuen Art. 12a sind *Lagerplätze für industrielle Erzeugnisse*, Verarbeitungsmaterialien, Arbeitsmaschinen und dergleichen in den für Gewerbe- und Industriebetrieben bestimmten Zonen zugelassen. Ihre Anlage im übrigen Gemeindegebiet soll der Ausnahmebewilligungspflicht nach Art. 24 BauG unterstellt sein. Für die Erweiterung gilt Art. 8/2 NBR (hierzu Ziff. 1.5.6). Massgebend ist die Ueberlegung, dass solche Plätze eben in aller Regel als Bauten anzusehen sind, weil sie künstlich hergerichtet werden. Für Campingplätze sei auf Ziff. J.2.251 verwiesen.
Bei einer künftigen Gesetzesrevision wird eine klarere Ordnung getroffen werden müssen. Es bieten sich zwei Lösungen an:

- Grundsätzlich zulässig sind alle *Bauvorhaben*, die einer zonenkonformen Nutzung dienen. In diese Richtung stösst bereits die geltende Regelung: Die Errichtung von *Campingplätzen* und die Anlage von *Materialentnahmestellen* dienen im übrigen Gemeindegebiet zulässigen Nutzungen, nämlich der Erholung und dem Abbau von Lagerstätten. Dass sie in Art. 5/2 BauG an strengere Voraussetzungen geknüpft sind als landwirtschaftliche Bauvorhaben, lässt sich planerisch begründen: die Landwirtschaft soll die primäre, die übrigen sollen sekundäre Bodennutzungen darstellen. Falsch ist die geltende Ordnung insoweit, als sie auch zonenwidrige Anlagen wie *Lager-* und *Ablagerungsplätze* ohne Ausnahmebewilligung zulässt. Das übrige Gemeindegebiet ist nicht zum Abstellraum für Anlagen, welche im Siedlungsgebiet nicht genehm sind, bestimmt.

- Zulässig sind grundsätzlich nur die der Land- und Forstwirtschaft dienenden Bauvorhaben. Für *sämtliche* anderen baubewilligungspflichtigen Tatbestände wird das Erfordernis der Ausnahmebewilligung statuiert. Diese Lösung wäre die konsequente Weiterentwicklung der dem geltenden Recht zugrundeliegenden Unterscheidung zwischen landwirtschaftlichen und nichtlandwirtschaftlichen Bauten.

2. TOPOI ZU DEN WICHTIGEN GRUENDEN GEMAESS ART. 24/1 UND 2

2.1 Allgemeines zum wichtigen Grund

Der Begriff "wichtiger Grund" bringt zum Ausdruck, dass nicht irgendwelche beliebigen Tatsachen zur Bewilligung nichtlandwirtschaftlicher Bauten ausserhalb des Baugebietes führen dürfen. Nur sehr wesentliche Interessen vermögen die Qualifikation als wichtiger Grund zu erreichen, und immer nur dann, wenn sie nicht durch andere Massnahmen als die Erstellung einer nichtlandwirtschaftlichen Baute befriedigt werden können (178). Die Erteilung einer Ausnahme soll stets ultima ratio zur Bewältigung eines Sachverhaltes sein. Eine klare und enggefasste Auslegung des Art. 24 ist nicht nur im Interesse einer effizienten Durchsetzung der Nutzungsvorschriften für das übrige Gemeindegebiet notwendig, sondern gewährleistet auch eine möglichst gleichmässige Behandlung aller von dieser Ordnung Betroffenen viel besser als eine - von verschiedenen Seiten immer wieder geforderte "grosszügige Praxis", die dann gewiss undurchsichtig, dezisionistisch und inkonsequent wäre. Im übrigen kommt es bei der Konkretisierung des Art. 24 auf die Optik an. Was ich nun darstellen werde, wird vielen Planern, Juristen und Politikern bereits als sehr grosszügig erscheinen.
Der Absatz 2 des Art. 24 enthält in den lit. a - d einige Tatbestände, welche von Gesetzes wegen wichtige Gründe darstellen. Sie sind in vielen Punkten unklar und daher auslegungsbedürftig. Im Folgenden werde ich zuerst diese Bestimmungen näher untersuchen, anschliessend die weiteren, durch die Verwaltungspraxis anerkannten wichtigen Gründe sowie die Gesichtspunkte, die keine solchen darstellen. Schliesslich werden wir uns einigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwenden, die in unserem Zusammenhang eine Rolle spielen.

2.2 Topoi, welche einen wichtigen Grund darstellen

2.21 ART. 24/2/a

2.211 Voraussetzungen

Die Bestimmung erklärt "die touristische Entwicklung und Förderung von Gebieten, die wirtschaftlich auf den Fremdenverkehr angewiesen sind" zum wichtigen Grund. "Für Ferienhaussiedlungen bleibt Art. 25 vorbehalten." Zaugg erläutert die allgemeine Bedeutung dieser Bestimmung folgendermassen (179): "Der Ausnahmegrund ... beruht auf volkwirtschaftlicher Betrachtungsweise. Es soll verhindert werden, dass das in den Baubeschränkungen für das übrige Gemeindegebiet enthaltene Verbot dem Fremdenverkehr dienender Bauten und Anlagen die Erwerbsgrundlage von Gebieten beeinträchtigt, in denen der Fremdenverkehr die wesentlichste Erwerbsquelle oder die wichtigste Entwicklungschance darstellt. Im Vordergrund steht dabei die wirtschaftliche Förderung von Berggebieten, die wegen der kargen natürlichen Existenzbedingungen von Entvölkerung bedroht sind." Er gibt für die Ausnahmepraxis folgende Kriterien an:

178 Zaugg N 6 zu Art. 24
179 ebenda N 7

- Massgebend sind die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse einer bestimmten Gegend, nicht das Privatinteresse einzelner Grundeigentümer.
- Neben den traditionellen Fremdenverkehrsgebieten sind auch Entwicklungsgebiete, die sich für den Tourismus eignen, auf Förderung angewiesen, doch muss eine touristische Entwicklungsplanung vorhanden sein.
- Soweit das Baugebiet einer Gemeinde genügt, um die erforderlichen Förderungs- und Entwicklungsmassnahmen durchzuführen, sind die entsprechenden Bauten nicht im übrigen Gemeindegebiet zu erstellen.
- Die zu bewilligenden Bauten und Anlagen müssen von effizienter touristischer Bedeutung sein.

Diese Ausführungen rufen nach verschiedenen Ergänzungen und Präzisierungen:

Sowohl aus der Formulierung der Ausnahmebestimmung wie aus den Bemerkungen des Kommentators wird deutlich, dass bereits dieser erste der im Gesetz geregelten Ausnahmetatbestände nichts mit Härtesituationen herkömmlicher Art, also der Berücksichtigung singulärer Verhältnisse bei einzelnen Grundstücken oder Grundeigentümern, zu tun hat. Die Bestimmung soll einer auf Kantonsebene anerkannten wirtschaftspolitischen Zielsetzung dienen, eben der Förderung bestehender oder potentieller Fremdenverkehrsgebiete (180). Ein öffentliches Interesse ist zum wichtigen Grund erklärt worden.
Die geforderte gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise lässt sich heute, wenn es um die Frage der Zulässigkeit einzelner Bauvorhaben geht, nicht immer auf regionaler Stufe vornehmen. Eine touristische Entwicklungsplanung ist oft nur auf kommunaler Ebene vorhanden. Eine kantonale Entwicklungsplanung für den Fremdenverkehr wird vorläufig nicht zur Verfügung stehen. So ist es nicht möglich, die touristischen Entwicklungsgebiete im heutigen Zeitpunkt genau abzugrenzen. Pauschal gelten das Emmental, das Schwarzenburgerland und der Jura als solche (181). Es bleibt vielfach nichts anderes übrig, als die einzelnen Bauvorhaben auf ihre Uebereinstimmung mit den kommunalen Planungskonzepten, wo solche vorhanden sind, zu prüfen und abzuschätzen, ob sie einen spürbaren Anstoss in Richtung der Fremdenverkehrsförderung zu geben vermögen.
Zulässig sind in erster Linie die *standortgebundenen* Fremdenverkehrseinrichtungen, das heisst solche, die ihrer Natur nach nur im übrigen Gemeindegebiet erstellt werden können, das wie gesehen das Erholungsgebiet der Bevölkerung darstellt. Hierher gehören Bergbahnen, Skilifte und andere Verkehrseinrichtungen, Berggasthäuser, SAC-Hütten, die Einrichtung von Rast- und Picknickplätzen mit Schutzschermen oder Toilettenanlagen. Bei Seilbahnen und Skiliften ist auf die konkurrierende Bewilligungskompetenz zwischen Bund und Kanton zu achten, der wir in Ziff. J.8.12 nachgehen werden.

---

180 Stocker/Risch S. 159f., 170ff.
181 Stocker/Risch S. 179f.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass noch weitere Bauten einen derart erheblichen Förderungseffekt erwarten lassen, dass darin ein wichtiger Grund im Sinn dieser Bestimmung liegt. Für Gemeinden, die eine vollständige Ortsplanung durchführen, rechtfertigt sich die Bewilligung solcher Objekte im übrigen Gemeindegebiet nicht. Hierzu sind geeignete Gebiete als Baugebiete oder Freiflächen zu bezeichnen. In Frage kommen Gemeinden, die vorläufig nur eine geringe Entwicklung aufweisen, so dass sich die Durchführung einer Ortsplanung nicht oder nur in reduziertem Umfang rechtfertigt. Sie sind entweder von der Pflicht zur Ortsplanung dispensiert (Art. 15/1 BauG) oder sie schaffen einzig mittels einzelner Ueberbauungspläne kleinere Baugebiete (Art. 14/1/b BauG). Hier vermag ein einzelnes Ferienheim, ein Ausbildungszentrum einer privaten Unternehmung, eines auswärtigen Gemeinwesens oder einer öffentlichen Verwaltung, eine Sportanlage, ein Gastwirtschaftsbetrieb oder ein Hotel durchaus den Anstoss zu einer vermehrten und ins Gewicht fallenden touristischen Entwicklung zu geben, insbesondere wenn ein Jahres- oder ein Zweisaison-Betrieb (Sommer/ Winter) möglich ist (182). Die Grösse solcher Bauten und Anlagen wird allerdings beschränkt sein. Grössere Komplexe, die siedlungsähnlichen Chrakter aufweisen und die Struktur einer kleinen Gemeinde stark zu beeinflussen vermögen, können wie eigentliche Ferienhaussiedlungen nur mittels Ueberbauungsplänen und Sonderbauvorschriften realisiert werden, welche die Bauweise, die Ausnützung, die Erschliessung und weitere öffentliche Dienste regeln. Sprengt ein solches Projekt die geltenden kommunalen Bauvorschriften oder das Normalbaureglement, so wird sogar ein Gestaltungsplan erforderlich sein.
Wird infolge solcher Bauten die touristische Entwicklung angekurbelt und nimmt die Bautätigkeit merklich zu, so ist die Durchführung einer Ortsplanung nicht mehr zu umgehen. Die Baudirektion hat nötigenfalls den erteilten Dispens zu überprüfen (Art. 15/1 BauG). Der Regierungsrat kann eine solche Gemeinde anweisen, innert angemessener Frist zweckmässige Bauvorschriften zu erlassen (Art. 14/3/a BauG).

2.212 Der Bau einzelner Ferienhäuser im besonderen

Immer wieder wird die Auffassung vertreten, der Bau einzelner Ferien- und Wochenendhäuser sei gestützt auf Art. 24/2/a zuzulassen. Dies wäre jedoch völlig verfehlt. Solche Einzelbauten tragen nichts zur touristischen Förderung eines Gebietes bei (183). Eine planlose Erhöhung des Bettenangebotes durch Zweitwohnungen, als Hébergement complémentaire bezeichnet, ist aus volkwirtschaftlicher Sicht sinnlos. Die durchschnittliche Belegung solcher Bauten ist tief. Es ist erwiesen, dass sich das Verhältnis des Bettenangebotes zwischen der Hotellerie und Hébergement complémentaire ständig zu Ungunsten der ersteren verschlechtert. Eine Folge davon ist, dass die Unterkunftskapazitäten nur in Spitzenzeiten ausgelastet sind, damit aber auch die Transport- und Erholungseinrichtungen, welche für solche Zeiten nicht gross genug bemessen werden können. Sie

---

182 Stocker/Risch S. 177
183 Zaugg N 7 lit. b zu Art. 24

erweisen sich dann für die langen Zwischenzeiten als viel zu gross und liegen brach. Die Eigentümer solcher Wohnungen kümmern sich kaum um die Einrichtung und den Unterhalt solcher Anlagen, erwarten aber jederzeit einen vollständigen und perfekten Service. Schliesslich wachsen auch die reinen, keinen Nutzen abwerfenden Infrastrukturausgaben für Verkehrsanlagen, Wasser- und Stromversorgungen und Abwasserbeseitigungsanlagen ständig (184). Deshalb wird aus volkswirtschaftlicher Sicht die Freihaltung des übrigen Gemeindegebietes von Ferienhäusern gefordert. Im Katalog über die mögliche Erweiterung des touristischen Angebotes wird der Bau von eigentlichen Feriendörfern empfohlen (185).
Im Planungsatlas III findet sich eine Darstellung über die Entstehungsgeschichte des Zweitwohnungsbaus (186). Ich zitiere daraus eine Stelle, die unser Problem charakterisiert: "Nach 1950 nahm der Ferienhausbau einen gewaltigen Aufschwung, trotz der emporkletternden Landpreise und Baukosten. Die Zweitresidenz war in der Zeit der Inflation eine sichere Kapitalanlage und unter diesem Gesichtswinkel eine relativ billige Ferienmöglichkeit, allerdings mehr und mehr nur noch für den gehobenen Mittelstand. Der landwirtschaftliche Streusiedlungstyp des Berner Oberlandes führte dazu, dass sich auch die Ferienhäuser in lockerer Streuung zwischen die bäuerlichen Wohnstätten einschichteten und allgemein kaum störend im Landschaftsbild in Erscheinung traten, zumal der einheimische Chalelttyp fast ausschliesslich zur Anwendung kam. So glitten die Gemeinden unmerklich in fast unlösbare Infrastruktur- und Planungsprobleme hinein. Mit dem Aufkommen des Autos bekamen die oft mehreren hundert Ferienhäuser plötzlich für den Verkehr einer Gemeinde einen völlig anderen Stellenwert. Es stand nur ein dünnes Netz schmaler, oft steiler, für wenige Fahrzeuge konzipierter landwirtschaftlicher Erschliessungssträsschen zur Verfügung. Niemand war auf die Idee gekommen, vor dem Bau der Ferienhäuser ein systematisches, auf den Autoverkehr zugeschnittenes Strassennetz zu planen. Ebenso hatte man nicht geahnt, dass die Zahl der Ferienhäuser einmal so gross sein würde, dass sich ein Anschluss an eine Kanalisation unumgänglich aufdrängen würde. Heute übertrifft in allen Stationen des Berner Oberlandes, auch denjenigen mit grossem Hotelangebot, die Bettenzahl in Ferienhäusern und Ferienwohnungen diejenigen in Hotels mindestens um das Doppelte."
Wenn in den klassischen Fremdenverkehrsgebieten diese Entwicklung kaum reversibel sein dürfte, sondern nur Symptom-Therapien und allenfalls eine gewisse Eindämmung des Zweitwohnungs-Baus denkbar sind, so gilt es, gleiches in den Förderungsgebieten zu verhindern

---

184 Informationsbulletin der Dokumentations- und Beratungsstelle des Schweiz. Fremdenverkehrsverbandes Nr. 3/4, Nov. 1973, S. 21ff. Zu den Verkehrsverhältnissen eingehend Stocker/ Risch S. 62ff.

185 Stocker/Risch S. 172 und 176ff.

186 S. 215ff. Eine eingehende Demonstration erfolgt am Beispiel der Gemeinde Grindelwald. Bei einer Einwohnerzahl von 3500 und 500 Saisonangestellten halten sich an Spitzentagen 18000 - 20000 Personen hier auf. Stocker/Risch S. 64f., vermerken, dass an solchen Tagen versucht werden muss, die Leute vom Besuch des Kurorts abzuhalten, da die Verkehrsprobleme nicht mehr bewältigt werden können.

oder einen grösseren Zweitwohnungsbau, wo er erwünscht ist, in geordnete Bahnen zu lenken. Deshalb können auch hier einzelne Ferienhäuser im übrigen Gemeindegebiet nicht zugelassen werden. Besonders im Jura sind bereits Tausende von Ferienhäusern, Wochenendunterkünften und Wohnwagen wahllos im übrigen Gemeindegebiet verstreut (187). Nur wenige sind an eine öffentliche Wasserversorgung oder an die Kanalisation angeschlossen. Viele haben unzureichende oder überhaupt keine Zufahrten. Wo es die topografischen Gegebenheiten erlauben, fährt man über das offene Land zu den Häusern. Im Gegensatz zu denjenigen im Oberland liegt dem jurassischen Gemeinden oft nicht viel am überlieferten Baustil. Es herrscht deshalb an vielen Orten ein scheussliches Durcheinander von Stein-, Holz- und Kunststoffbauten, Villen, Normhäusern, Baracken und Bretterbunden, Giebel-, Pult- und Flachdächern. Wohl nirgends wird so viel an den Häusern herumgebastelt wie an den Ferien- und Freizeitbauten im Jura. Weniger weit ist die Zersiedelung durch Ferienhäuser im Emmental und im Schwarzenburgerland fortgeschritten (188).

Die Rekurspraxis des Regierungsrates und des Verwaltungsgerichts tragen den hier dargelegten Einwänden gegen die Bewilligung von Ferienhäusern gestützt auf Art. 24/2/a Rechnung. Es besteht eine ganze Reihe von Rekursentscheiden, welche die Verweigerung von Ausnahmen für solche Bauten durch die Baudirektion bestätigen (189).

2.213 Die Vermietung von Ferienwohnungen als Nebenerwerb zu Landwirtschaftsbetrieben

Es steht fest, dass in weiten Teilen der Schweiz, vorwiegend im Alpen-, Voralpen- und Hügelgebiet, aber auch im Jura, eine grosse Zahl von Landwirtschaftsbetrieben heute oder in naher Zukunft nur noch mit einem regelmässigen Nebenerwerb eine ausreichende Existenz bieten werden (190). Ein solcher besteht in der Vermietung von Ferienwohnungen. Sie ist seit Jahrzehnten verbreitet (191). Auch heute wird die Erstellung und Einrichtung von Ferienwohnungen immer wieder als zuverlässiges Mittel zur Erzielung eines Nbebenerwerbs vorgeschlagen, wobei allerdings einhellig die Ansicht herrscht, dass hierfür im übrigen Gemeindegebiet nicht Neubauten erstellt, sondern geeignete Objekte um- und ausgebaut werden sollen (192).

187 Beispiele finden sich bei Gallusser, S. 105ff. (Gemeinden Himmelried SO und Movelier) und im Inventarplan Landschaft der Regionalplanung Laufenthal-Thierstein vom Sommer 1970, veröffentlicht im März 1971.

188 für den "oberen Teil" der Region Burgdorf vgl. Planungsatlas III S. 223

189 Siegenthaler, MbVR 71 (1973) S. 178 N 103. Es betraf im einzelnen folgende Gemeinden: RRB Nr. 2610/1972 Saicourt (bestätigt durch VGE vom 19.2.1973), 2693/1972 Gsteig, 3168 und 3319/1972 Ocourt, 467/1973 Undervelier, 507/1973 Beatenberg, 1215/1973 Grindelwald, 2086/1973 Montfavergier, 2150/1973 Bönigen, 4353/1973 Lamboing, 4338/1974 Lauterbrunnen.

190 Stocker/Risch S. 165, Flückiger S. 155ff., 234ff., ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft S. 74

191 So begann der Tourismus in Adelboden und in anderen Ferienorten nicht mit dem Bau von Hotels, sondern mit der Vermietung von Wohnungen in Privathäusern, Planungsatlas III S. 215

192 Stocker/Risch S. 180, Flückiger S. 243f., Planungsatlas III S. 220ff., Genereller Gesamtplan des Planungsverbandes Region Burgdorf vom Juni 1973, Ziff. 5.9.1 S. 18 und 5.9.3 S. 19

Solche Um- und Ausbauten, welche regelmässig mit einer Zweckentfremdung verbunden sind, werden uns unten in Ziff. 2.253 beschäftigen. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, bei der Bewilligung von Neubauten, die primär der landwirtschaftlichen Bevölkerung oder ihren Angehörigen dienen, eine zweite Wohnung zu bewilligen, die als Ferienwohnung vermietet werden kann. Bei den heutigen Baukosten kommen die Neuerstellung, aber auch der Ausbau solcher Ferienwohnungen meist teuer zu stehen, auch wenn die Landwirte gewisse Arbeiten selber vornehmen. Die Nettorendite ist oft gering (193). Bei freistehenden Objekten ist ferner die Gefahr nachträglicher Zweckentfremdungen gross. Sie können abparzelliert und als Ferienhäuser an Auswärtige verkauft werden.

2.22 ART. 24/2/b

Diese Bestimmung anerkennt als wichtigen Grund "die Erhaltung eines Landwirtschaftsbetriebes, dessen Inhaber gezwungen ist, sich die Mittel zur Sanierung oder notwendigen Rationalisierung seines Betriebes durch die Abgabe von Bauland zu beschaffen". Der Tatbestand besteht aus drei Elementen:

a) Der Landwirtschaftsbetrieb muss eine ausreichende Existenz bieten. Es muss sich um einen *Vollerwerbs-*, allenfalls um einen *Zuerwerbsbetrieb* handeln (194). Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung, sondern durch teleologische und systematische Auslegung. In teleologischer Hinsicht ist von einer Zielsetzung der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet auszugehen, der Verbesserung der Agrarstruktur. Nicht existenzfähige Betriebe sollen nicht um jeden Preis aufrechterhalten bleiben, sondern zur Verbesserung und Aufstockung umliegender Betriebe verwendet werden oder als blosse Nebenerwerbsbetriebe ohne kostspielige Rationalisierungs- und Sanierungsmassnahmen weitergeführt werden. Aus systematischer Sicht ist auf den Art. 24/2/d zu verweisen, der denselben Gedanken enthält.

b) Der Baulandverkauf muss *ultima ratio* zur Sanierung oder Rationalisierung eines solchen Betriebes sein. Die anderen Mittel müssen vorerst ausgeschöpft sein. Dazu gehören vor allem die Hilfsmassnahmen des Landwirtschaftsrechts, also Bodenverbesserungsmassnahmen, Investitionskredite, Betriebsbeihilfen und Hilfsmassnahmen für den Wohnungsbau. Allerdings soll die Verschuldung durch die Inanspruchnahme solcher Mittel nicht

---

193 In diesem Sinn äusserten sich landwirtschaftliche Betriebsberater kantonaler Landwirtschaftsschulen

194 vorn Ziff. I.2.211. In diesem Sinn RRB Nr. 1866/1974 betr. einen Nebenerwerbsbetrieb von 186 Aren.

untragbar werden (195). Das Prinzip der Subsidiarität des Baulandverkaufs folgt aus dem Wortlaut der Bestimmung, welche vom "Zwang" zum Baulandverkauf spricht (196). Dazu findet sich ein entsprechender Hinweis in der Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Die ursprüngliche, von der SVP (BGB) vorgeschlagene Fassung lautete: "Als wichtiger Grund gilt namentlich ... b) die Notwendigkeit der Mittelbeschaffung zur Sanierung und Rationalisierung eines Landwirtschaftsbetriebes". Der Uebergang von der blossen "Notwendigkeit" zum "Zwang" zur Mittelbeschaffung durch Landverkauf bedeutet zweifellos eine Verschärfung im oben beschriebenen Sinn. Das "Paradoxon", im Berggebiet "die Erhaltung der Landwirtschaft über den Bauplatzverkauf"zu betreiben (197), kann nicht einfach wie früher bestehen bleiben, sondern hat sich auf die unumgänglich notwendigen Fälle zu beschränken (198).

c) Die aus dem Erlös des Baulandverkaufs zu finanzierenden Massnahmen müssen *geeignet* sein, die Existenzfähigkeit des Landwirtschaftsbetriebes dauernd und nachhaltig zu sichern (199). Die vorgesehenen Investitionen müssen, vom Ensemble des Betriebs her gesehen, sinnvoll und zweckmässig sein. Sonst lohnt sich die Durchbrechung des Bauverbots für nichtlandwirtschaftliche Bauten nicht.
Massnahmen der *Rationalisierung* sollen eine Verbesserung der Arbeits- und Bewirtschaftungsstruktur bringen. Dazu gehören die Erhöhung des Mechanisierungsgrades, Neu- und Umbauten sowie Erneuerungen von Betriebsgebäuden und deren Ausstattung (200).

---

195 Zaugg N 8 zu Art. 24, Landwirtschaftsgesetz und BG über Investionskredite und Betriebshilfe, vgl. Anm. 59 und 67, BG zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus vom 19.3.1965, BG über die Verbesserung der Wohnverhältnisse im Berggebiet vom 20.3.1970, SR 842, 844. Allerdings enthält auch das Investitionskredit- und Betriebsbeihilfegesetz den Grundsatz, dass seine Massnahmen erst in Anspruch genommen werden können, wenn "der Gesuchsteller seine eigenen Mittel und seinen Kredit bereits soweit zumutbar eingesetzt hat, bzw. einsetzt und die wünschenswerte Investition sonst nicht erfolgen könnte. Dabei ist im Einzelfall auf die normalen Bedürfnisse des Betriebes und seiner Familie Rücksicht zu nehmen. Zudem ist die Tragbarkeit der neuentstehenden Belastung für den Gesuchsteller... zu berücksichtigen." (Art. 3 Abs. 1 lit. b des Gesetzes, ferner noch strenger Art. 27 für Betriebsbeihilfen). Nun könnte ein Landwirt durch den Verkauf eines Stück Landes zu Bauzwecken seine finanziellen Mittel meist erhöhen. Gleichzeitig würde er aber seine Produktionsgrundlage, den Boden, schmälern und sich zudem alle die unerwünschten Auswirkungen, die nichtlandwirtschaftliche Bauten auf seinem Betrieb mit sich bringen (dazu hinten Ziff. J.3.21) auf den Hals laden. Deshalb geht die bernische Verwaltungspraxis dahin, dass in der Stufenfolge der landwirtschaftlichen Hilfsmassnahmen die Gewährung von Investitionskrediten oder Betriebsbeihilfen vor den Landverkauf tritt, es sei denn, der Landwirt habe Land im Baugebiet, das sich zur Ueberbauung eignet (Auskunft der kant. Landwirtschaftsdirektion).

196 Zaugg N 8 zu Art. 24

197 Annen, Tagblatt 1969 S. 516, im gleichen Sinn Brawand, ebenda, Ueltschi S. 526

198 RRB Nr. 1867/1974 E.3, 1866/1974 E.2

199 Zaugg a.a.O.

200 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 144

Der Begriff der *Sanierung* ist mehrdeutig. Es können verschiedenartige Massnahmen darunter verstanden werden:

- Solche zur Entschuldung sowie zur Mittelbeschaffung für den Auskauf von Miterben (201),
- die Verbesserung der Wohnverhältnisse,
- die Verbesserung der Produktionsstruktur, wie die Angliederung neuer Betriebszweige (202).

Wie kann ein Landwirt das Vorhandensein dieser Voraussetzungen nachweisen? Am zweckmässigsten geschieht dies durch ein fundiertes Gutachten eines landwirtschaftlichen Betriebsberaters. Ist eine umfassende Betriebssanierung vorgesehen, so wird ein Landverkauf regelmässig bloss als einer unter verschiedenen Posten zur Finanzierung des Unternehmens im Voranschlag erscheinen. In jedem Fall, also auch bei Teilrationalisierungen und -sanierungen sind eine vollständige Offenlegung der finanziellen Verhältnisse sowie ein Investitions- bzw. Entschuldungsplan erforderlich. Die Mitwirkung des Landwirts an der Feststellung des Sachverhalts ist also unerlässlich. Unter Umständen ist eine Nachprüfung der angegebenen Schulden und anderer Vorbringen nötig. Den Verwaltungsbehörden stehen hierzu die Verfahrensinstrumente des Gesetzes über die Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens vom 7.6.1970 (DelG) zur Verfügung. Unzweckmässig ist es, die Beurteilung über das Vorliegen dieses wichtigen Grundes erst vornehmen zu lassen, wenn das Land verkauft ist. Zum mindestens sollte sich der Käufer eines solchen Grundstücks im Kaufvertrag vorbehalten, den Kauf rückgängig zu machen, wenn er keine Baubewilligung erhält.
Um die vorgetragene Auslegung des Art. 24/2/b noch weiter zu untermauern, sei die Bestimmung noch von anderen, die Konkretisierung des Art. 24 prägenden Gesichtspunkten her kurz beleuchtet:

- Die Massnahme des Landverkaufs zur Mittelbeschaffung ist in landwirtschaftlichen Kreisen umstritten. Viele landwirtschaftliche Betriebsberater lehnen sie ab. Sie ist mir auch in keiner Arbeit über Probleme und Lösungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Agrarstruktur begegnet. Produktionsgerechte Preise, Ausgleichszahlungen für der Oeffentlichkeit dienende Leistungen und Beiträge aller Art sind die Mittel, die verfochten werden. Nicht anders ist es bei vielen aktiven Landwirten. Sie fürchten mit Recht die Nachteile und Belästigungen, die nichtlandwirtschaftliche Bauten am Rand oder mitten im Betrieb mit sich bringen. Sie würden deshalb nie einen Bauplatz verkaufen. Dass der Art. 24/2/b überhaupt im Gesetz Eingang fand, ist der Bauern-Vertretung im Grossen Rat zuzuschreiben, welche die Interessen der Landwirtschaft in diesem Punkt einseitig wahrte (203).

---

201 Zaugg a.a.O. sowie die in Anmerkung 198 erwähnten RRB. In diesen Fällen gelang der Nachweis nicht, dass die Verkaufserlöse zur Schuldentilgung verwendet wurden.

202 Eingehende Erörterungen zum "optimalen" Landwirtschaftsbetrieb, insbes. zur optimalen Kombination von Betriebsfläche und Produktionsrichtung finden sich in den ORL-Leitbildern, Teilleitbild Landwirtschaft, S. 126ff.

203 Schneider, Tagblatt 1969 S. 527

- Die Bestimmung ist in jeder Hinsicht ungerecht. Der Landwirt, der einen nicht oder wenig verschuldeten Betrieb führt, kann aus diesen "äusseren" Umständen kein Bauland verkaufen, derjenige, der dieses Mittel als untauglich ablehnt, aus innerer Ueberzeugung nicht. Beide bekommen die Auswirkungen zu spüren, wenn der überschuldete Nachbar am Rand seines Heimwesens Land verkauft, auf dem Wohn- oder Ferienhäuser entstehen. Aehnlich ist die Optik seitens derjenigen, die im übrigen Gemeindegebiet bauen möchten. Wer einen Betrieb ausfindig macht, der die Voraussetzungen für einen Landverkauf erfüllt, kann sich ein heute sehr begehrtes Privileg verschaffen, alle andern haben das Nachsehen. Diese Gedanken könnten nun dazu verleiten, eher für eine grosszügige Auslegung der Bestimmung einzutreten. Dem stünden aber wiederum die Zielsetzungen für die Landschafstsstruktur diametral entgegen.

Die Zahl der auf Art. 24/2/b gestützten Ausnahmebegehren ist bisher recht klein geblieben, noch kleiner ist die Zahl der erteilten Ausnahmebewilligungen. Die Bestimmung dient, wie diejenige in lit. a und d des Art. 24/2, oft als Strohhalm oder Versuchsballon mangels anderer stichhaltiger Argumente für die Begründung eines Ausnahmegesuchs.

2.23 ART. 24/2/c

Diese Bestimmung anerkennt als wichtigen Grund "die Ueberlassung von Bauland an Angehörige des Grundeigentümers für ihren eigenen Wohnbedarf". Der Tatbestand besteht aus drei Elementen.

2.231 Der Grundeigentümer

Die Auslegung des Art. 24/2/c in bezug auf den Kreis der Grundeigentümer ist zu einem beliebten Gegenstand juristischer Streitigkeiten geworden, dem allerdings, wie später darzulegen sein wird, der Art. 20 GSchG die Grundlage weitgehend entzogen hat. Eine Auffassung hält sich an den Wortlaut der Gesetzesbestimmung, der schlicht von den Angehörigen "des Grundeigentümers" spricht, also keinerlei Beschränkungen, Zusätze oder Erklärungen enthält, welche Grundeigentümer gemeint sind. Somit wären die Angehörigen aller Grundeigentümer berechtigt, sich auf die Ausnahmebestimmung zu berufen. Die andere Auffassung will dieses Recht auf die Eigentümer beschränkt wissen, welche als Betriebsleiter einen Landwirtschaftsbetrieb führen. Die erste Auffassung hat die wörtliche Auslegung des Gesetzes für sich. Denn dem Wortlaut kann ein fassbarer Sinn zugeordnet werden: der Begriff des Grundeigentümers ist juristisch nach den Vorschriften des Sachenrechts eindeutig bestimmbar, und wer Eigentümer eines bestimmten Grundstücks ist, kann mit Hilfe des Grundbuchs jederzeit festgestellt werden. Es ist daher richtig, von einem "klaren" Gesetzeswortlaut zu sprechen, der vorerst massgebend ist (204). Der Wortlaut spricht das allgemeine Sprachver-

---

204 BGE 80 I 322, 93 I 262, Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 242 Bemerkung II.b

verständnis an. Laien wie Baupolizeibehörden begnügen sich meist mit dieser Sinngebung. Auch sie beginnen jedoch zu zweifeln, wenn sie auf deren Widersprüche aufmerksam gemacht werden. Denn einer Beschränkung der Auslegung auf den grammatikalischen Sinn stehen gewichtige Einwände entgegen. Sie zeigen, dass diese erste Auffassung unhaltbar ist:

- Das Ergebnis wäre unvernünftig und unpraktikabel. Der Grundeigentümer, der nicht Landwirt ist, könnte selber nicht bauen, dagegen seine Angehörigen. Er würde somit ein Baugesuch für ein Einfamilienhaus einfach durch seinen Sohn einreichen lassen.

- Die Zielsetzungen der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet würden weitgehend preisgegeben. Die Voraussetzungen für die Erstellung nichtlandwirtschaftlicher Bauten würden sich praktisch auf die Vorbehalte der Absätze 3 und 4 des Art. 24 reduzieren, also auf das Fehlen verletzter öffentlicher Interessen und auf die Befreiung des Gemeinwesens von der Erstellung und Bezahlung von Erschliessungsanlagen. Dies liefe auf die alte Ordnung des Art. 6/4 BVG hinaus (205). Der Topos des wichtigen Grundes sänke zur Bedeutungslosigkeit hinab. Eine solche Auslegung liefe den Absichten des Gesetzgebers zuwider, der eindeutig beabsichtigt, das Bauen im übrigen Gemeindegebiet gegenüber dem BVG erheblich zu verschärfen (206).

- Somit sprechen triftige Gründe dafür, dass der Gesetzestext nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Es ist notwendig und zulässig, ihn einzuengen und damit in einem gewissen Grad von ihm abzuweichen (207).

Die Abweichung vom Wortlaut ist allerdings nicht eine vollständige, sondern geht nur soweit, als es, dem Sinn und Zweck der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet einerseits und dem Kompromisscharakter des Art. 24 andererseits entsprechend, notwendig ist: In Art. 24/2/c sind nur die Grundeigentümer gemeint, welche als Landwirte einen Betrieb bewirtschaften. Mit der Aufgabe ihres Berufes oder mit der Verpachtung oder Veräusserung ihres Betriebs scheiden sie aus dem Kreis dieser Grundeigentümer aus. Es spricht eine Reihe von Argumenten für diese Auslegung:

- Aus teleologischer Sicht betrachtet besteht der Sinn der Ausnahmebestimmung darin, zu verhindern, dass die bäuerliche Bevölkerung in den Landwirtschaftsgebieten zu stark isoliert wird. Deshalb sollen Angehörige, welche ihre engen Beziehungen zum angestammten Hof aufrecht erhalten wollen, hier Wohnsitz nehmen können, auch wenn sie hauptberuflich nicht in der Landwirtschaft tätig sind. Damit soll der Abnahme der Bevölkerung in den ländlichen Räumen entgegengetreten werden. Zweifellos haben wir es hier mit einem nicht leicht zu nehmenden Problem zu tun. Der Art. 24/2/c ist ein Versuch, ihm beizukommen.

---

205 RRB Nr. 1823/1973 E.2

206 Vortrag der Baudirektion zum Entwurf II BauG S. 2, Hubacher, Tagblatt 1969 S. 510, Guggenheim, ebenda S. 511, Kästli S. 515, Arni S. 516, Schneider S. 527f., Botschaft BauG S. 6

207 Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 242 Bemerkung IV.c. Zaugg N 34 der Einleitung zum BauG, BGE 93 I 263

- Diese Zwecksetzung geht aus der Entstehungsgeschichte klar hervor. Im Vortrag der Baudirektion zum Entwurf II des BauG wird ausgeführt: "Das Verbot nichtlandwirtschaftlicher Bauten ... darf nicht derart rigoros gehandhabt werden, dass es sich gegen die Landwirtschaft selbst und die Interessen der bäuerlichen Bevölkerung selbst richten würde ... Der Landwirt soll auch seinen Angehörigen, selbst wenn sie nicht in der Landwirtschaft tätig sind, auf seinem Grund und Boden Land für den Wohnungsbau zur Verfügung stellen dürfen." (208). Im Grossen Rat herrschte die gleiche Meinung. So erklärte Zuber, er befürworte, "dass man die Angehörigen einer Bauernfamilie auf der elterlichen Scholle bauen lässt und ihnen dort alle Erleichterungen gewährt." (209)

- Die gleiche Auslegung ergibt sich auch in systematischer Hinsicht zwingend. Art. 23 beschränkt die Erstellung von Wohnbauten auf solche, die der bäuerlichen Bevölkerung und ihren Hilfskräften dienen. Folgerichtig ist Art. 24/2/c als Sonderrecht für die Angehörigen der Landwirte zu erklären. Diese Angehörigen gehören zwar nicht mehr zur bäuerlichen Bevölkerung, sollen aber gleichwohl die Möglichkeit erhalten, auf den angestammten Heimwesen bauen zu können.

- In Art. 154/1 BauV (Text s. unten) wird auf der Kreis der Grundeigentümer bezug genommen. Es wird verlangt, dass die Angehörigen "auf dem Heimwesen" aufgewachsen sein müssen. Diese Formel wird jedoch nur für die weiteren Verwandten, die Adoptiv- und Pflegeeltern verwendet, für die Verwandten in gerader Linie nicht. Die Formulierung ist deshalb verunglückt. Der Regierungsrat wäre jedoch zweifellos berechtigt, die Umschreibung des Kreises der Grundeigentümer in dem von uns dargestellten Sinn zu präzisieren, so wie er es für den Kreis der bauberechtigten Angehörigen getan hat.

Der Regierungsrat übernahm in seiner Baurekurspraxis diese Auslegung (210).

2.232 Die Angehörigen

In Art. 24/2/c fehlt eine nähere Umschreibung dafür, wer zu den Angehörigen des Grundeigentümers gehört. Es ist angezeigt, von den Bestimmungen des Privatrechts über die Verwandtschaft auszugehen (211). Der Regierungsrat tat dies denn auch weitgehend, als er in Art. 154/1 BauV den Kreis der Angehörigen umschrieb und zusätzlich das im Text von Art. 24/2/c fehlende Element der engen Bindung an den bäuerlichen Hof zum Ausdruck brachte:

---

208 a.a.O. S. 2. Diese Bemerkungen wurden als Kommentar zur ursprünglichen Fassung des Art. 24 verfasst, welcher noch keine beispielhafte Aufzählung wichtiger Gründe kannte, vgl. vorn Ziff. H.3.2

209 Tagblatt 1969 S. 527. Guggenheim, der als Sprecher der sozialdemokratischen Partei dem Art. 24 generell opponierte, da er zu weit gehe, verstand die Bestimmung im gleichen Sinn, ebenda S. 527

210 Eingehend RRB Nr. 3607/1973 E.2 mit weiteren Hinweisen. RRB Nr. 1668/1973 und Nr. 394/1974 E.3 halten fest, dass mit dem Dahinfallen der landwirtschaftlichen Tätigkeit des Grundeigentümers die Berechtigung der Angehörigen nach Art. 24/2/c zu bauen, entfällt.

211 Art. 20, 21,252ff., 302ff. ZGB

> Als Angehöriger im Sinne von Artikel 24 Absatz 2 lit. c des Baugesetzes gelten die nachgenannten Verwandten des Grundeigentümers und seines Ehegatten:
>
> a die Verwandten in gerader Linie,
>
> b weitere Verwandte, Adoptiv- und Pflegekinder, sofern sie auf dem Heimwesen aufgewachsen sind.

Die gesetzliche Delegationsnorm für diese Vorschrift findet sich in Art. 112/2/m BauG. Sie ermächtigt den Regierungsrat, durch Verordnung bau- und planungsrechtliche Begriffe allgemeinverbindlich festzulegen. Im Hinblick auf den Zweck, der mit Art. 24/2/c gesetzt wurde, kann nicht zweifelhaft sein, dass der Begriff der Angehörigen in diesem Sachzusammenhang baurechtlicher Natur ist, der zwar von der Ordnung der Verwandtschaft im ZGB ausgeht, aber einiger baurechtlicher Einschränkungen bedarf. Sie bestehen darin, dass ein Angehöriger auf dem Heimwesen nur dann bauen kann, wenn er eine "besonders enge Beziehung zum Betriebsinhaber oder zum bäuerlichen Hof" nachweist (212). Für die Verwandten in gerader Linie wird diese Voraussetzung als gegeben unterstellt. Bei den weiteren Verwandten, den Adoptiv- und Pflegekindern wird sie ausdrücklich erwähnt. Zaugg präzisiert, dass auf dem Hof aufgewachsen nur Personen sind, "die den wesentlichen Teil ihrer Kindheit und Jugendzeit auf dem betreffenden Bauernhof verbracht haben, nicht bloss einige Jahre". (213) Es fällt auf, dass die Pflegekinder zu den Angehörigen gerechnet werden, trotzdem bei ihnen die verwandtschaftliche Beziehung nach Massgabe des Personen- und des Familienrechts fehlt. In diesem Punkt bringt die Bauverordnung also eine gewisse Ausdehnung des Kreises der bauberechtigten Angehörigen.

2.233 Die Bestimmung des Wohnbedarfs

Der Begriff des "eigenen Wohnbedarfs" nach Art. 24/2/c wird durch Art. 154/2 BauV näher umschrieben:

> Als eigener Wohnbedarf gilt der Raumbedarf des Angehörigen und der mit ihm in Familiengemeinschaft lebenden Personen für das dauernde Wohnen.

Damit sich der Angehörige eines Landwirts auch wirklich auf dem Hof niederlässt, ist unumgänglich, dass er nicht nur für sich selbst, sondern auch für seine Familie Raum schaffen kann. Wer dazu gehört, bestimmt sich grundsätzlich wieder nach dem Zivilrecht, nämlich dem Art. 331 ZGB, der die Hausgewalt als Element der Familiengemeinschaft umschreibt: Art. 331 ZGB lautet:

> Haben Personen, die in gemeinsamem Haushalte leben, nach Vorschrift des Gesetzes oder nach Vereinbarung oder Herkommen ein Familienhaupt, so steht diesem die Hausgewalt zu.

---

212 Zaugg N 10 zu Art. 24
213 ebenda

> Die Hausgewalt erstreckt sich auf alle Personen, die als Blutsverwandte und Verschwägerte oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Dienstbote, Lehrlinge, Gesellen oder in ähnlicher Stellung in dem gemeinsamen Haushalte leben.

Auch hier ist jedoch eine unbesehene Uebernahme der zivilrechtlichen Begriffe auf Art. 24/2/c BauG unzulässig, denn nach Zivilrecht kann der Kreis der möglichen Hausgenossen durch vertragliche Abmachungen weit über die in Art. 331 ausdrücklich genannten Personen erweitert werden, beispielsweise durch die Annahme von Pensionären. Einen gemeinsamen Haushalt mit einem Familienhaupt bilden auch Anstalten, Kinderheime und dergleichen (214). Für solche "Familiengemeinschaften" kann bei Bauvorhaben nach Art. 24/2/c kein Wohnraum geschaffen werden. Die Familiengemeinschaft muss sich auf Blutsverwandte und Verschwägerte beschränken. Sofern Dienstboten, Lehrlinge und Gesellen im Landwirtschaftsbetrieb arbeiten, aber aus irgendeinem Grund in der Familie des Angehörigen und nicht in derjenigen des Landwirts leben, bestimmt sich ihr Wohnbedarf nach Art. 23/2. Was die Grösse und Ausstattung des Wohnraums anbelangt, sei auf die Grundsätze, die für Wohnbauten der landwirtschaftlichen Bevölkerung gelten, hingewiesen (215). Zu betonen ist ferner, dass nur der Wohnbedarf für das *dauernde Wohnen* befriedigt werden darf. Der Angehörige muss also gewillt sein, auf dem Hof Wohnsitz zu nehmen. Dieser Wille muss im Baubewilligungsverfahren klar ausgedrückt werden, denn die Erstellung von Wochenend- und Ferienhäusern ist ausgeschlossen (216). Allerdings kann kein Angehöriger zu einer Wohnsitznahme in einem bewilligten und erstellten Gebäude gezwungen werden, und eine nachträgliche Umfunktionierung in ein Ferienhaus durch Wegzug aus der Gemeinde kann nicht verhindert werden. Im letztgenannten Fall wird auch kein baubewilligungspflichtiger Tatbestand geschaffen, da das Haus ja von Anfang an als nichtlandwirtschaftliches Objekt gilt. Ist schon im Baubewilligungsverfahren klar, dass entgegen anderslautenden Behauptungen des Gesuchstellers eine Wohnsitznahme auf dem Hof nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht erfolgen wird, kann eine Ausnahmebewilligung nicht erteilt werden. Als Beispiel sei der in Zürich niedergelassene Bauernsohn erwähnt, der dort ein blühendes Geschäft führt und nun in einer abgelegenen Berner Landgemeinde eine Villa bauen will.

2.234 Nachbemerkung im Hinblick auf Art. 20 GSchG

Müssten die Bauvorhaben für Angehörige von Landwirten einzig nach den Vorschriften der kantonalen Baugesetzgebung geprüft werden, so wären wir am Ende unserer Darlegungen zu diesem wichtigen Grund angelangt. Das eidgenössische Gewässerschutzrecht brachte aber erhebliche Einschränkungen für die "Verwandtenbauten". Darauf möchte ich schon jetzt hinweisen. Für Details sei auf Ziff. M.3.32 verwiesen.

---

214 Tuor/Schnyder S. 251f.
215 vorn Ziff. I.2.21
216 RRB Nr. 1610/1974 E.4

Diese Bestimmung anerkennt als wichtigen Grund "die Aufgabe von Landwirtschaftsbetrieben, die keine genügende Existenz bieten, sofern Grund und Boden der Landwirtschaft nicht durch geeignete Massnahmen erhalten werden kann, wie Ausübung eines Nebenerwerbs, Arrondierung anderer Landwirtschaftsbetriebe, Landumlegung." Zaugg sieht die Rechtfertigung dieser Bestimmung darin, dass vermieden werden soll, nicht existenzfähige Landwirtschaftsbetriebe um jeden Preis aufrechtzuerhalten. Die Ueberbauung von Land, das aus solchen Betrieben stammt, soll aber ultima ratio darstellen, nämlich dann, wenn es der Landwirtschaft "überhaupt nicht in vernünftiger Weise erhalten werden kann" (217). Die Bestimmung stellt einen schwerwiegenden Einbruch in die Prinzipien der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet dar. Mit dem Land, das nicht mehr landwirtschaftlich genutzt wird, soll geschehen, was einer sinnvollen Planung für die Landschaftsstruktur diametral widerspricht, nämlich die Ueberbauung (218). Die von Zaugg vorgetragene Begründung, die zwar die Absichten der Vertreter der Landwirtscahft im Grossen Rat durchaus richtig wiedergibt, vermag einen solchen Einbruch nicht zu rechtfertigen. Um die Bewältigung von Härtesituationen geht es nicht. Ein öffentliches Interesse, analog der Förderung des Fremdenverkehrs (Art. 24/2/a), der Sicherung der Existenzfähigkeit von Landwirtschaftsbetrieben (Art. 24/2/b) oder der Aufrechterhaltung einer minimalen Bevölkerungsdichte im ländlichen Raum (Art. 24/2/c) ist nicht vorhanden. Ein biologischer und landschaftlicher Zerfall solcher Grundstücke müsste mit Mitteln der Landschaftspflege verhindert werden. In der Praxis erwies sich allerdings, dass in den meisten Fällen eine Weiterführung der landwirtschaftlichen Nutzung durchaus möglich ist (219). Als besonders nützlich zeigt sich die gesetzliche Anweisung, das Land zur Aufstockung umliegender Betriebe zu verwenden (220). Pachtland ist meist gesucht (221). Landwirtschaftlich unrentable Grundstücke liegen zudem oft in Lagen, die für eine Uberbauung uninteressant sind. Allerdings ändert dies an der Fragwürdigkeit der Vorschrift nichts. Sie ist jedoch durch die Gewässerschutzgesetzgebung bundesrechtswidrig geworden und kann deshalb nicht mehr angewendet werden (222).

---

217 N 9 zu Art. 24

218 In BGE 98 I a 438 erklärte das Bundesgericht dasselbe, als es um die Ausscheidung eines Landschaftsschutzgebietes am Genfersee ging.

219 RRB Nr. 242/1973 E.2.b, Gemeinde Court, Nr. 1823/1973 Gemeinde Seedorf

220 z.B. als Weideland, RRB Nr. 3168/1972 Gemeinde Ocourt, Siegenthaler, MbVR 71 (1973) S. 179 N 105

221 RRB Nr. 2693/1972 Gemeinde Gsteig, Siegenthaler a.a.O. N 104 (der Entscheid bezieht sich sowohl auf Art. 24/2/b wie d), RRB Nr. 394/1974 E.3 Gemeinde Wattenwil, Nr. 1668/1973 Gemeinde Konolfingen

222 hinten Ziff. M.3.32

Welches sind die Tatbestände, die ebenfalls als wichtige Gründe gelten? Im Folgenden sollen sie in gegliederter Form dargestellt werden. Ich gehe dabei von der gegenwärtigen Verwaltungspraxis aus, soweit sie bekannt ist. Jeden wichtigen Grund unterstelle ich einem Leitgedanken, der für sich allein deshalb keinen wichtigen Grund abzugeben vermag, weil er zu allgemein und nicht justiziabel ist.

2.251 Standortgebundene nichtlandwirtschaftliche Bauten (Erholungseinrichtungen, technische Anlagen, standortgebundene nichtlandwirtschaftliche Betriebe)

Da der Art. 23/2 nur solche standortgebundenen Bauten zulässt, welche der Land- oder Forstwirtschaft dienen, ist für alle anderen eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 erforderlich. Soweit es sich um Bauten und Anlagen zur Förderung des Fremdenverkehrs handelt, findet Art. 24/2/a Anwendung. Daneben existieren noch weitere Kategorien von Bauten und Anlagen, die ihrer Zweckbestimmung wegen ebenfalls im übrigen Gemeindegebiet erstellt werden sollten. Darin ist denn auch der wichtige Grund zu erblicken. Diese Standortgebundenheit ist im Einzelfall nachzuweisen. Steht ein ebenso geeigneter Standort im Baugebiet zur Verfügung, ist die Erteilung einer Ausnahme ausgeschlossen. Standortgebunden können folgende Bauten und Anlagen sein:

a) *Erholungseinrichtungen*, die nicht in eigentliche Fremdenverkehrsgebiete zu liegen kommen. Beispiele sind Reitanstalten, Gastwirtschaften in vielbesuchten Ausflugsgebieten, Sportanlagen wie Golfplätze oder Badeanstalten an Seen und Flüssen. Dabei ist die Frage des Bedürfnisses an solchen Anlagen in einer bestimmten Gegend zu prüfen, und zwar nicht unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit - dies wäre im Hinblick auf die Handels- und Gewerbefreiheit nicht statthaft -, sondern unter dem Aspekt der erholungsplanerischen Erfordernisse. Massstäbe werden allerdings nur Erholungs- und Landschaftsplanungen auf der Stufe der Regional- und Kantonsplanung setzen können, welche vielerorts noch fehlen. Sonst ist es schwierig, die Bedürfnisfrage im Einzelfall schlüssig zu beantworten.
In diesem Zusammenhang sind einige Bemerkungen zum *Campingwesen* notwendig. Wie die Materialentnahmestellen gehören Campingplätze nicht ins Baugebiet, stellen aber auch keine landwirtschaftliche Bodennutzung dar (223). Das Campieren ist eine typische Form der Erholungsnutzung. Nach Baugesetz untersteht die Eröffnung oder wesentliche Erweiterung von Campingplätzen den gleichen Vorschriften wie die Eröffnung von Materialentnahmestellen, also dem Art. 5 BauG und, als subsidiär geltende Gemeindebauvorschrift, dem Art. 9 NBR. Dagegen verzichtete die Bauverordnung bisher auf eine eingehendere Regelung (224). Art. 17/4/d, e BauG ermächtigt die Gemeinden, über Campingplätze und das Aufstellen von Wohnwagen und dergleichen Bestimmungen im Baureglement oder in besonderen Reglementen zu erlassen. Für die Baubewilligungspflicht sind zwei Tatbestände zu unterscheiden:

223 Zaugg N 11 zu Art. 5 BauG
224 ebenda N 16

- Das Aufstellen von mobilen Wohnheimen, Wohnwagen, Zelten u. dgl. *ausserhalb eines bewilligten Campingplatzes* für die Dauer von mehr als drei Monaten im Kalenderjahr am gleichen Ort (Art. 4/2/a BewD). Das Aufstellen solcher Objekte im übrigen Gemeindegebiet bedarf einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24. Die Verwaltungspraxis setzt diesen Tatbestand demjenigen der Errichtung einzelner Ferienhäuser ausserhalb von Ferienhauszonen gleich, anerkennt also wichtige Gründe hierfür nicht und weist entsprechende Ausnahmegesuche ab. Für die Begründung sei auf die Ausführungen in Ziff. J.2.212 verwiesen. Die Gleichstellung ist gerechtfertigt, denn erfahrungsgemäss ersetzen Wohnwagen und Mobilheime eigentliche Ferienhäuser (225). Sie werden irgendwo aufgestellt, fest mit dem Boden verbunden, die Räder werden abmontiert, An-, Vor- oder Aufbauten angefügt, und das Ganze wird mit einem Gärtchen umrahmt. Die kantonale Ordnung kann durch Gemeindevorschriften nicht gelockert werden. Es wäre also unzulässig, im übrigen Gemeindegebiet das Aufstellen einzelner Objekte über drei Monate im Jahr am gleichen Ort zuzulassen.

- Die *Einrichtung von Campingplätzen* (Art. 1 Abs. 1 lit. b BauG, Art. 4/1/e BewD) war bisher in den kantonalen Vorschriften noch unklarer geregelt als der Abbau von Lagerstätten. Zaugg nahm die gleiche Sonderordnung an (226). Das Problem wird noch komplexer, weil verschiedene Arten von Campingplätzen zu unterscheiden sind, nämlich solche, auf denen ein ständiger Wechsel der Campeure stattfindet, und solche, auf denen Dauercampierer ihre Wohnwagen fest aufstellen. Gemeinsam ist allen Plätzen, dass die Erschliessungsprobleme der Zufahrt, der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung zu lösen sind und dass die Erstellung gewisser Hochbauten, insbesondere zur Aufnahme sanitärer Anlagen, nicht zu umgehen ist. Oft treten noch andere ständige Bauten wie Kiosks, Restaurants etc. hinzu. Bei Plätzen, die ganz oder überwiegend von Dauermietern besetzt sind, stellen sich Probleme des Landschaftsschutzes. Zur Illustration sei an die Verhältnisse rund um den Bielersee erinnert.
  Die Gemeinden können das Campingwesen am besten durch den Erlass von Campingreglementen in den Griff bekommen, in denen neben Betriebsvorschriften auch die notwendigen baupolizeilichen Vorschriften enthalten sind. Ob für die Neueröffnung von Campingplätzen im übrigen Gemeindegebiet nebst einer Baubewilligung auch eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 erforderlich ist oder einzig eine Prüfung nach Art. 5 BauG erfolgt, ist ebenso umstritten wie bei der Eröffnung von Materialentnahmestellen. Es können die gleichen Ueberlegungen für die eine oder die andere Lösung angestellt werden, die hier nicht wiederholt seien (227). Die bereits in den Ziff. I.3.12 und J.1.6 erwähnte Revision der Art. 11ff. BauV brachte im neuen Art. 12b eine Regelung für die Campingplätze. Sie lautet:

---

225 In diesem Sinn BGE 99 I a 120f.
226 Zaugg N 11, vorn Ziff. I.3.12
227 vorn Ziff. I.3.12 und J.1.6

[1]Als Campingplätze im Sinne von Artikel 5 des Baugesetzes gelten mit den notwendigen Betriebseinrichtungen (wie Toilettenanlage, Umkleideraum, Aufsichts- und Kassagebäude, Kiosk) ausgerüstete Lagerplätze, auf welchen den Benützern wechselnd und im Einzelfall höchstens für eine Dauer von sechs Monaten Standplätze für das vorübergehende Aufstellen von Zelten, Wohnwagen, Wohnheimen und dgl. zugeteilt werden.

[2]Die Baubewilligung für Campingplätze im Sinne von Absatz 1 kann unter den Voraussetzungen gemäss Artikel 5 des Baugesetzes und Artikel 12c dieser Verordnung erteilt werden.

[3]Im übrigen Gemeindegebiet ist eine Ausnahmebewilligung gemäss Artikel 24 des Baugesetzes erforderlich, wenn ein Campingplatz mit anderen als betriebsnotwendigen Einrichtungen ausgestattet wird, wie Hotel, Motel, Restaurant, Unterhaltungsstätte, Verkaufsladen, Abwartwohnung und dgl.

[4]Für Lagerplätze, auf denen Dauerunterkünfte (Zelte, Wohnwagen, Mobilheime und dgl. für die Dauer von mehr als sechs Monaten) erstellt werden sollen, gelten die Bestimmungen über die Ferienhauszone.

[5]Bauten und Dauerunterkünfte unterliegen den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften.

Die neue Regelung ist meines Erachtens in einem Punkt inkonsequent und dürfte gegen Art. 24 BauG verstossen: die "betriebsnotwendigen Einrichtungen" können nur in *Gebäuden* untergebracht werden, für welche die Ausnahmebewilligungspflicht *immer* gegeben ist. Dass das Campingwesen der im übrigen Gemeindegebiet zugelassenen Erholungsnutzung dient, ist hierbei unerheblich.

Schliesslich ist die Erstellung von Klubhütten für Vereine aller Art zu erwähnen, wie solche für Hornusser- und Hundesportvereine, Modellfluggruppen, Pfadfinder usw. Eine Konzession an das traditionell ausgeprägte Vereinsleben des Schweizers wird nicht zu umgehen sein. Dazu können solche Objekte echten Erholungsformen dienen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass nur in Ausmass und Konstruktion bescheidene Hütten, die sich der Umgebung anpassen, bewilligt werden. Entsprechende Ausnahmebewilligungen sind auf solange zu befristen, als die Hütten den angegebenen Zwecken dienen.

b) *Technische Anlagen*, wie solche der PTT, Sendestationen, Radio- und Fernsehempfangsanlagen, Anlagen zur Nutzbarmachung von Wasserkräften, zur Energieversorgung, zur Wasserversorgung, Schiess-, Zivilschutz- und Zollanlagen können ebenfalls standorgebunden sein.

c) *Standortgebundene nichtlandwirtschaftliche Betriebe:* Es ist nicht ausgeschlossen, dass gewisse Verarbeitungsbetriebe standortgebunden sein können, nämlich solche, die gefördertes Material wie Lehm,

Steine, Kies etc. weiterverarbeiten. Es wird vorwiegend aus betriebswirtschaftlichen und betriebstechnischen Gründen erwünscht sein, solche Betriebe direkt im Abbaugebiet zu erstellen. Daneben können auch öffentliche Interessen dafür sprechen, wie die Konzentration lärm- und staubintensiver Anlagen an wenigen Stellen und die Verminderung der Zahl der Strassentransporte.

2.252 Bauten zur Strukturverbesserung des ländlichen Raumes

"Förderung der Landwirtschaft ... heisst nicht nur Verbesserung der Produktionsgrundlagen, sondern auch die Aufrechterhaltung eines lebensfähigen sozialen und wirtschaftlichen Gefüges im ländlichen Raum. Dies bedingt jedoch die Erhaltung einer gewissen minimalen Bevölkerungsdichte. Nur so werden diese Gebiete in der Lage sein, ihre neuen und immer wichtiger werdenden Aufgaben als Erholungsgebiete zu erfüllen" (228). In den Jahren 1960 - 1968 nahm in 180 Gemeinden des Kantons die Bevölkerung ab, in 140 Gemeinden stagnierte sie oder vermehrte sich nur gering. 172 Gemeinden wiesen eine Zunahme von über 7,5 % auf (229). 1968 gab es 194 Kleinstgemeinden bis 499 Einwohner und 100 Kleingemeinden mit 500 - 999 Einwohnern (230). Es existierten 189 Mittelgemeinden mit 1000 - 9999 Einwohnern (231). 1960 waren in 300 Gemeinden über 25 % der berufstätigen Wohnbevölkerung in der Land- und Forstwirtschaft tätig (232). Im schweizerischen Mittel waren es 11,2 %, im bernischen 14,4 % (233). Diese wenigen Hinweise mögen genügen, um zu illustrieren, dass die Bevölkerungsprobleme des ländlichen Raumes im Kanton Bern von erheblicher Bedeutung sind. Sie werden sich weder kurz- noch längerfristig allein mit finanziellen Massnahmen aller Art meistern lassen. Viele Kleingemeinden können kaum eine sinnvolle Zonen- oder Erschliessungsplanung durchführen. Sie scheitern an den Grundeigentumsverhältnissen. Werden ein oder wenige Baugebiete bezeichnet, so profitieren nur einige oder sogar nur ein einziger Grundeigentümer davon. Dies erzeugt Neid und Missgunst in der Gemeinde, und gewisse Baubedürfnisse können gleichwohl nicht befriedigt werden (234).

---

228 Landwirtschaftsdirektion des Kantons Bern, Landwirtschaft und Raumplanung Ziff. 5

229 Planungsatlas I Karte 3

230 Seither verschwand eine einzige Kleinstgemeinde, nämlich Isenfluh, das mit der Gemeinde Lauterbrunnen fusionierte.

231 Planungsatlas I Karte 8

232 ebenda Karte 10

233 Stocker/Risch S. 33

234 Ein zweckmässiges und sehr zu empfehlendes Mittel ist eine aktive Bodenpolitik der Gemeinde, indem sie selber Land kauft, erschliesst und an Interessenten verkauft oder im Baurecht abgibt. Eine solche Politik betreibt die Emmentaler Gemeinde Dürrenroth. Bezeichnenderweise ist aus dieser Gemeinde bei den kantonalen Behörden noch kein einziges Ausnahmegesuch nach Art. 24 eingetroffen.

Solange keine grundlegende Strukturbereinigung des bernischen Gemeindewesens stattfindet, welche zu grösseren und entwicklungsfähigeren Gebilden führt, werden diese Probleme bestehen bleiben. Sie vermögen andererseits kaum justiziable Kriterien für eine Ausnahmepraxis zu liefern, mit der versucht werden könnte, den Gemeinden wenigstens punktuell weiterzuhelfen. Ausnahmebestimmungen sind eben keine Planungs- und Förderungsinstrumente. Immerhin lassen sich einige wichtige Gründe, die in dieser Richtung vorstossen, formulieren. Auch andere als die gleich zu nennenden Topoi vermögen einen kleinen Beitrag in der Richtung der Erhaltung und Förderung von Randgebieten abzugeben, wie etwa Art. 24/2/a,c, doch steht in diesen Fällen nicht dieser Gesichtspunkt ausschliesslich im Vordergrund.

a) Die Erstellung von Bauten, welche dem Inhalber eines Landwirtschaftsbetriebes die *Ausübung eines notwendigen nichtlandwirtschaftlichen Nebenerwerbs* ermöglichen.
Mit der Anerkennung dieses wichtigen Grundes sollen Zuerwerbs- und Teilerwerbsbetriebe erhalten bleiben. Den Betriebsleitern wird die Möglichkeit verschafft, neben dem Landwirtschaftsbetrieb ein weiteres Gewerbe zu führen. In Frage kommen vor allem Viehandelsbetriebe, Kleinwerkstätten aller Art und Gastwirtschaften. Bildet der Landwirtschaftsbetrieb selber bloss einen Nebenerwerbsbetrieb, rechtfertigt sich die Bewilligung nichtlandwirtschaftlicher Betriebsgebäude nicht. Hier wird die nichtlandwirtschaftliche Tätigkeit zur Haupterwerbsquelle des Betriebsleiters.

b) Bauten für die *Wohnbedürfnisse von Leitern oder Angestellten bestehender nichtlandwirtschaftlicher Betriebe*, sofern sie aus *betrieblichen Gründen gezwungen* sind, unmittelbar beim Betrieb zu wohnen.
Im übrigen Gemeindegebiet bestehen hunderte von Kleinbetrieben, an deren Fortbestand aus volkswirtschaftlicher Sicht ein erhebliches Interesse besteht. Daran ändert wenig, dass sie zonenfremd sind. Viele dienen vorwiegend der umliegenden bäuerlichen Bevölkerung. Nicht immer ist es möglich und zweckmässig, diese Betriebe einzuzonen und damit kleine Bauzonen-Inseln ins übrige Gemeindegebiet zu streuen. Die Inhaber solcher Betriebe haben aber oft nur dann ein Interesse, sie längere Zeit weiterzuführen, wenn sie bei ihrem Betrieb wohnen können. Allerdings würde es zu weit führen, diesen Wunsch schon als wichtigen Grund zu anerkennen. Auch die Beschaffung günstiger Wohmöglichkeiten für Angestellte oder Angehörige genügt nicht. Es müssen betriebliche Gründe für die Wohnsitznahme sprechen, also etwa die Notwendigkeit dauernder intensiver Ueberwachung oder Einhaltung unregelmässiger Arbeitszeiten, welche es als unzumutbar erscheinen lassen, die betroffenen Personen zur Wohnsitznahme ins nächstgelegene Baugebiet zu verweisen.

2.253 Erweiterungen und Aenderungen bestehender Bauten

Bei der Untersuchung des Art. 23/3 stellten wir fest, dass eine Reihe von Bauvorhaben im Zusammenhang mit bestehenden landwirtschaftlichen und nichtlandwirtschaftlichen Bauten durch diese Bestimmung nicht gedeckt ist, sondern unter das Erfordernis der Aus-

nahmebewilligung nach Art. 24 fällt. Ich verwies ferner auf die Gefahr eine Zementierung der bestehenden Zustände, indem die Lebensdauer bestehender Bauten um jeden Preis auf unabsehbare Zeit verlängert wird. Die Verwaltungspraxis ist in dieser Beziehung jedoch grosszügig. Es ist durchaus möglich, dass die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet auf diesem Weg beeinträchtigt wird; denn die bis vor kurzem tolerierte Streubauweise liess unzählige Bauten aller Art in Gebieten, welche heute dem übrigen Gemeindegebiet zugewiesen sind, entstehen, die nun auf alle erdenkliche Arten möglichst lange am Leben bleiben sollen. Die Attraktivität solcher Objekte, deren Lage Garantie bietet, dass in absehbarer Zeit die Ruhe, die schöne Aussicht etc. bestehen bleiben, steigt sprunghaft an. Oft werden Preise geboten, die es der ortsansässigen Bevölkerung verunmöglichen, solche Häuser zu erwerben.
Im einzelnen lassen sich folgende wichtige Gründe unterscheiden:

a) Der *mit einer Zweckentfremdung verbundene Aus- oder Umbau schutzwürdiger oder erhaltenswerter landwirtschaftlicher Bauten* in nichtlandwirtschaftliche Wohnbauten. Für die neue Zweckbestimmung muss eine genügende Erschliessung möglich sein.
Schutzwürdig ist ein Bau, der ein besonders markantes Zeugnis der Baukultur darstellt, sei es, dass er besonders typisch für einen Baustil ist, besonders reich ausgestaltet ist oder dass er sonstwie exemplarisch hervorsticht. Der bauliche Zustand muss eine fachgerechte Erneuerung ermöglichen. Selbstverständlich gehen Unterhalts-und Erneuerungsarbeiten, welche die ursprüngliche Zweckbestimmung der Bauten unverändert lassen, solchen vor, die eine Zweckänderung mit sich bringen. Häufig fehlen jedoch den öffentlichen und privaten Institutionen des Heimat- und Ortsbildschutzes die Mittel, solche Objekte zu erwerben und zu erneuern. So bleibt nichts anderes übrig, als die Initiative Privaten zu überlassen, die in aller Regel nur dann zu Investitionen bereit sind, wenn die Objekte in Wohn- oder Ferienhäuser umgewandelt werden können. Dabei ist streng darauf zu achten, dass die Bauten möglichst wenig verändert werden. Bezüglich des Volumens und der Dachform ist dies meist einfach zu bewerkstelligen. Heikel ist die Bewahrung der Fassaden. Die Bedürfnisse der künftigen Bewohner nach Licht und Komfort rufen nach Oeffnungen aller Art, die sich nur schwer mit der ursprünglichen Fassade vertragen. Das gleiche gilt für Dachaufbauten aller Art. Es muss hier immer ein Kompromiss zwischen den Ansprüchen auf ungeschmälerte Erhaltung des Baus und den Wohnbedürfnissen gefunden werden. Den Nachweis der Schutzwürdigkeit sowie eine sachgerechte Renovation wird ein Bauherr nicht ohne Beizug eines Spezialisten vornehmen können. Die Begutachtung durch eine kompetente Stelle, beispielsweise die Bauberatung des Berner Heimatschutzes oder die Stelle für Bauern- und Dorfkultur der kantonalen Landwirtschaftsdirektion, wird unumgänglich und für die Beurteilung des Ausnahmegesuchs massgebend sein.
Erhaltenswert sind Bauten, welche die Exklusivität der Schutzwürdigkeit zwar nicht erreichen, jedoch gute Beispiele früherer Baukunst darstellen und baulich in gutem Zustand sind, was bedeutet, dass die tragenden Teile der Baukonstruktion noch intakt sein müssen. Grundgedanke für die Zulassung von Um- und Ausbauten solcher Objekte ist ebenfalls ein kulturhistorischer und ästheti-

tischer. Bauerndörfer und -weiler sowie andere Häusergruppen wirken meist als Ganzes stark, nicht nur durch einzelne Prachtexemplare, weshalb die Erhaltung des Ensebles von entscheidender Bedeutung ist.
Auch beim Um- und Ausbau erhaltenswerter Bauten ist der Beizug von Spezialisten oft nicht zu umgehen. Es erstaunt immer wieder, wie heute den Bauherren selbst elementarste Einsichten der Bauästhetik fehlen, die früher selbstverständlich waren.
Heftig umstritten ist, in welchem Rahmen der *Umbau kleiner landwirtschaftlicher Gebäude in Ferienhäuser* zugelassen werden soll. Dazu gehören Alphütten, Maiensässen oder Weidhäuser, Scheunen, Ställe und Schober, an denen besonders das Oberland und das Voralpengebiet reich sind. Die einen sehen in solchen Umbauten ein taugliches Mittel zur Förderung des Fremdenverkehrs und der Berglandwirtschaft, die andern eine Ausdehnung der Streubauweise, der Schaffung von Konflikten zur landwirtschaftlichen Bodennutzung und von Erschliessungsproblemen. Die Ansichten wechseln von Gemeinde zu Gemeinde, die landwirtschaftliche Bevölkerung ist in dieser Frage gespalten. Die kantonale Verwaltungspraxis geht zur Zeit dahin, solche Umbauten nur zuzulassen, wenn die betreffenden Objekt für die Bewirtschaftung der Heimwesen, zu denen sie gehören, nicht mehr benötigt werden und überdies schon immer Wohnfunktionen ausübten, also über einen Wohnteil verfügen. Reine Oekonomiegebäude wie Ställe und Scheunen können nicht umgebaut werden (235). Das ist ein zulässiger und vernünftiger Kompromiss zwischen den sich widerstreitenden Auffassungen.
Die Erschliessung all dieser Bauten wird als öffentliches Interesse zum Tatbestandselement des wichtigen Grundes. Bewusst wird von einer bloss "genügenden" Erschliessung gesprochen, denn sie wird in vielen Fällen nicht den Erfordernissen einer "vollen" Erschliessung genügen können. Dies hat verschiedene Gründe:

- Die technischen Möglichkeiten können beschränkt sein. Liegen die Objekte weitab der nächsten Strasse oder der nächsten Kanalisation, sind entsprechende Anschlüsse nicht möglich. Es müssen befriedigende Ersatzlösungen gefunden werden, beispielsweise die Sicherung von Parkplätzen oder der Bau von periodisch zu leerenden Klärgruben.

- Die Anforderungen müssen für den Bauherrn finanziell tragbar sein.

- Die Erstellung kostspieliger Erschliessungsanlagen würde zweifellos Begehren nach Einzonungen oder nach weiteren Ausnahmen rufen. Meist liegen die Bauten jedoch in Gebieten, in denen eine Neubautätigkeit unerwünscht ist.

Weitere Hinweise zur Erschliessung nichtlandwirtschaftlicher Bauten finden sich hinten in Ziff. J.3.23 und 7.

---

235 Der Regierungsrat lehnte in RRB Nr. 507/1973 den Umbau einer Scheune in ein Ferienhaus, in Nr. 1036/1973 in eine Werkstatt ab.

b) Der *Ausbau oder die Erweiterung bestehender Wohnhäuser im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung*, sofern eine erschliessungsmässige Sanierung damit verbunden ist und der Ausbau bzw. die Erweiterung sich entweder durch die persönlichen Verhältnisse des Gesuchstellers begründen lassen oder sich im Rahmen bestehender Gebäudedimensionen halten.
Dieser wichtige Grund besteht aus zwei Fallgruppen. Beiden ist gemeinsam, dass die Bauprojekte nur bewilligt werden, wenn der Hauseigentümer ebenfalls eine Leistung erbringt, nämlich die Erschliessung des Gebäudes verbessert, beispielsweise durch einen Ausbau der Zufahrt oder den Anschluss an die Gemeindekanalisation. Dies genügt jedoch nicht, denn die Behebung polizeiwidriger Zustände wie Gewässerverunreinigungen oder die Benützung einer gefährlichen Strasse ist eine voraussetzungslos zu erfüllende Pflicht des Grundeigentümers, wenn er als Störer anzusehen ist. Es muss darüberhinhaus alternativ folgender Sachverhalt vorliegen:

- Die persönlichen Verhältnisse des Grundeigentümers sprechen für den Ausbau oder die Erweiterung. Es soll damit ein gewisser Ausgleich zur Privilegierung bestehender nichtlandwirtschaftlicher Betriebe geschaffen werden (vorn Ziff. I.5.6). Dies ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn ein Grundeigentümer seit Jahren sein Haus bewohnt, das heute im übrigen Gemeindegebiet liegt, und nun gezwungen ist, den Wohnraum zu vergrössern, weil die Familie grösser geworden ist. Wenn die Unternehmung, die expandieren will, im übrigen Gemeindegebiet verbleiben kann, soll das auch für die Familie gelten. Anders ist es, wenn sie das Haus seit dem 1.1.1971 erworben hat. Da muss sie damit rechnen, dass Ausbauten und Erweiterungen auf Schwierigkeiten stossen und kann sich nicht darauf berufen, dass die neue Gesetzgebung sie unerwartet hart trifft.

- Die Zulassung von Ausbauten im Rahmen der bestehenden Gebäudedimensionen geht von der Ueberlegung aus, dass es sinnlos ist, baulich intakte Gebäudeteile ungenutzt zu lassen, wenn sie nicht mehr verwendet werden können. Es betrifft vor allem Bauten, die einen kleinen landwirtschaftlichen Oekonomieteil, bestehend aus Stall und Heubühne, aufweisen. In diesen Gebäudeteilen lässt sich eine Wohnung einbauen, oder die bestehenden Wohnungen können vergrössert werden. Auf diese Weise lässt sich etwa in landwirtschaftlichen Kleingemeinden mit bescheidenem Aufwand das Wohnungsangebot etwas verbessern.

Die Zweckbestimmung der Bauten darf durch den Ausbau bzw. die Erweiterung nicht geändert werden. Aus einem Ein- oder Zweifamilienhaus darf kein Appartementhaus, kein kleiner Mietblock entstehen. Der Ausbau darf auch kein verkappter Neubau sein. Beliebt sind Versuche, in zwei Etappen zu einem solchen zu gelangen, indem zuerst ein Teil des Hauses vollständig umgestaltet wird und anschliessend das gleiche mit dem andern Teil geschehen soll.

c) Der *Wiederaufbau* bzw. der Ersatz von Gebäuden, die durch Naturgewalt wie Feuer, Schneedruck, Lawinenniedergang etc. zerstört wurden. Die bisherige Zweckbestimmung muss beibehalten werden.

Eigentlich wäre die Zerstörung zonenwidriger Bauten im Interesse der Durchsetzung der Zonenordnung erwünscht. Dem stehen aber die Grundeigentümerinteressen gegenüber, die in diesen Fällen als vorrangig gelten:

- Ein Grundeigentümer soll nicht für ein Ereignis natürlicher Gewalt büssen, auf das er keinen Einfluss hat.
- Die Nichtwiederherstellung eines Gebäudes kann die Entschädigung der Gebäudeversicherung zum Nachteil des Grundeigentümers beeinflussen. Nach Art. 31/1 des Gesetzes über die Gebäudeversicherung vom 6.6.1971 darf sie den Verkehrswert des Gebäudes nicht übersteigen, wenn es innert drei Jahren nach dem Eintritt des Schadenfalls nicht wiederhergestellt ist, während nach Art. 26 beim Wiederaufbau grundsätzlich zum Neuwert vergütet wird.

Ich erachte diese Praxis als zu wenig differenziert. Ich bin mit Zimmerlin der Auffassung, dass ein "Wiederaufbaurecht", "Hofstattrecht" oder "Recht der alten Baustelle" der Struktur des modernen Bau- und Planungsrechts widerspricht. Es verewigt einen rechtswidrigen Zustand, währendem sich alle andern Grundeigentümer an die neuen Vorschriften zu halten haben (236). Andererseits ist nicht zu übersehen, dass ein Naturereignis den Eigentümer eines nichtlandwirtschaftlichen Gebäudes im übrigen Gemeindegebiet sehr hart trifft. Er kann nicht einfach nach den neuen Bauvorschriften wieder bauen, sondern hat überhaupt keine Baumöglichkeit für ein Gebäude mit der gleichen Zweckbestimmung mehr. Das kann eine materielle Enteignung bedeuten (237). Der Wiederaufbau ist deshalb dort gerechtfertigt, wo sich die Baustelle in einen vorhandenen Baubestand einfügt, ohne dass eine eigentliche Baulücke (s. unten) vorliegen muss. Isoliert stehende Einzelbauten sollen dagegen nicht wieder aufgebaut werden. Hier schlagen die Gebote des Landschaftsschutzes und der Verhinderung der Streubauweise durch, es sei denn, sie würden ausnahmsweise nicht berührt (das Grundstück ist voll erschlossen etc.). In solchen Fällen sollte die Gebäudeversicherung allerdings den Neuwert auch entrichten, wenn ein Ersatzbau im Baugebiet erstellt wird, und es wird sich allenfalls lohnen, eine Entschädigung wegen materieller Enteignung zu bezahlen.
In diesem Zusammenhang ist auf ein Missverständnis hinzuweisen, dem viele Grundeigentümer und Baupolizeibehörden unterliegen. Art. 79/d des EG zum ZGB vom 28.5.1911 in der Fassung von Art. 118/2 BauG handelt vom Hofstattrecht und bestimmt:

> Wird ein Gebäude durch Elementarereignisse ganz oder teilweise zerstört, so darf es innert 5 Jahren ohne Rücksicht auf den privatrechtlichen Grenzabstand in seinem früheren Ausmass wieder aufgebaut werden.

---

236 N 8 zu § 2 BO Aarau
237 hinten Ziff. O.2.21

Diese Bestimmung ist *privatrechtlicher* Natur. Sie kann nicht zur Begründung eines wichtigen Grundes im Sinn von Art. 24 BauG herangezogen werden. Eine öffentlichrechtliche Befugnis zum Wiederaufbau entsprechend der ursprünglichen Baubewilligung besteht im bernischen Baurecht nicht (238).

2.254 Notlösungen bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung

Als das Baugesetz in Kraft trat, hatten hunderte von Gemeinden keine oder ungenügende Zonenpläne. Vielerorts wurden deshalb Ortsplanungen an die Hand genommen. Die von der Baudirektion vorgenommenen provisorischen Baugebietsabgrenzungen erfolgten unter grossem zeitlichem Druck und richteten sich vorwiegend nach den technischen Erschliessungskriterien des Art. 114 BauV. Sie waren deshalb wenig differenziert und konnten den tatsächlichen Baubedürfnissen der Gemeinden nicht immer Rechnung tragen. Viele Grundstücke kamen ins übrige Gemeindegebiet zu liegen, deren künftige Einzonung und Ueberbauung schon bald feststand. Die meist mit Ueberzeugung und Elan begonnenen Ortsplanungen gerieten aus unzähligen Gründen ins Stocken, angefangen von der Ueberlastung der Behörden und privaten Planer bis zu der Erkenntnis, dass die Siedlungsstruktur und die Grundeigentumsverhältnisse einer Gemeinde eine vernünftige Zonen- oder Erschliessungsplanung fragwürdig machen. Die anfängliche Planungseuphorie wich der nüchternen Erkenntnis, dass seit Jahrzehnten Versäumtes nicht in drei Jahren nachgeholt werden kann, wie dies Art. 14/1 BauG unterstellt. Um die schwierige Uebergangszeit zu überbrücken, sprang die Verwaltungspraxis unter dem Druck der verschiedenartigsten Interessen mit einer grosszügigen Auslegung des Art. 24 ein, indem einzelne wichtige Gründe entwickelt wurden, die als planerische Notlösungen bezeichnet werden können. Sofern die Gemeinden ihre Ortsplanungen sorgfältig durchführen, können diese Notventile geschlossen werden, sobald die Ortsplanungen, also Baureglemente, Zonen- und Erschliessungspläne rechtskräftig werden. Die von der Praxis erfassten Bauten können in zwei Kategorien eingeteilt werden:

- kleinere Bauvorhaben privater Grundeigentümer, insbesondere Ein- und Zweifamilienhäuser sowie kleinere Gewerbebetriebe. Grössere Ueberbauungen bringen jeweils soviele Konflikte mit sich, dass mit ihrer Realisierung bis zum Abschluss der Ortsplanung zugewartetet werden muss. Zum mindesten ist ein Ueberbauungsplan mit Sonderbauvorschriften, die einen Teil der künftigen Nutzungsvorschriften des Baureglements vorausnehmen, erforderlich.

- Bauvorhaben der öffentlichen Hand.

Es handelt sich im einzelnen um folgende wichtige Gründe:

a) Die *Auffüllung einer Baulücke* in einer unter altem Recht entstandenen nichtlandwirtschaftlichen Ueberbauung. Das zu überbauende Grundstück muss voll erschlossen werden können.
Dieser wichtige Grund liquidiert Hypotheken, die das BVG zurückliess. Art. 6/4 BVG liess ja nichtlandwirtschaftliche Bauten in der Landwirtschaftszone zu, sofern die Grundeigentümer die

---

238 Zaugg, N 7 zu Art. 118 BauG

Infrastruktur auf eigene Kosten ausbauten. In Gemeinden, die solche Zonen ausschieden, kam es in der Folge überall zu kleineren, in sich meist relativ geschlossenen Ein- und Zweifamilienhausüberbauungen (239). Die Erschliessung wurde von den interessierten Grundeigentümern im Einverständnis, manchmal auch gegen den Willen der Gemeinden geplant und ausgeführt. Solche Ueberbauungen weisen heute oft noch einzelne Lücken auf, Restparzellen, die aus mancherlei Gründen noch nicht überbaut worden sind. Es wäre sinnlos, solche Parzellen brach liegen zu lassen. Der Landwirtschaft können sie nicht mehr in sinnvoller Weise dienen. Die Streubauweise ist bereits verwirklicht und wird durch die Auffüllung solcher Baulücken nicht mehr erheblich gefördert. Die Einzonung in eine Wohnzone im Rahmen der Ortsplanung wird weitgehend eine Anpassung der baurechtlichen Ordnung an den tatsächlichen Zustand bedeuten. Schliesslich würde sich das Problem der materiellen Enteignung stellen, würden solche Parzellen nicht zur Ueberbauung freigegeben (Ziff. O.2.23).

Streitig ist oft die Abgrenzung des altrechtlich erschlossenen Gebiets. Es kann nicht allein auf die Kapazität der Erschliessungsanlagen abgestellt werden, sondern es sind planerische Kriterien beizuziehen. Von einer Lückenfüllung kann nicht mehr die Rede sein, wenn neben einer bestehenden Häuserreihe eine zweite errichtet oder eine Häuserreihe durch weitere Bauten ins offene Gelände hinaus verlängert werden soll. Der vorhandene Baubestand und natürliche Begrenzungselemente wie die Topografie des Geländes, Waldränder, Feldgehölze, Bäche, Wege erlauben im Einzelfall eine zuverlässige Beurteilung der Frage, ob eine Baulücke vorliegt oder nicht.

Auch hier sind die Belange der Erschliessung Tatbestandselemente des wichtigen Grundes. Es muss eine volle Erschliessung gewährleistet sein. Darunter sind eine genügende Zufahrt im Sinn der Vorschriften der Bauverordnung sowie Anschlüsse an eine Wasserversorgung und an die Gemeindekanalisation zu verstehen.

b) Die Errichtung von Bauten *im unmittelbaren Anschluss an die altrechtlichen Bauzonen usw. des provisorischen Baugebiets*, sofern sie voll erschlossen werden können, der Ortsplanung für das Planungsziel Z 1 und den künftigen Nutzungsvorschriften entsprechen. Auch hier geht es zum Teil um das Abtragen von Hypotheken des alten Rechts, nämlich dort, wo anlässlich der Erschliessung einer Bauzone die Erschliessungsanlagen über die Bauzonengrenzen hinausgeführt wurden, was häufig vorkam. Daneben führt der Tatbestand erheblich weiter: zeigt sich im Verlaufe der Richtplanung, dass ein Grundstück aus planungstechnischer Sicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingezont werden wird, soll mit der Ueberbauung nicht zugewartet werden müssen, bis der Zonen- oder Erschliessungsplan in Kraft tritt. Die Voraussetzungen bedeuten im einzelnen:

- Die volle Erschliessung des Grundstücks muss sichergestellt

---

239 Die Errichtung von nichtlandwirtschaftlichen Gewerbebetrieben wurde vielfach ausgeschlossen, vgl. vorn Ziff. H.2

sein. Die allenfalls noch fehlenden Erschliessungsanlagen müssen den Charakter blosser Detailerschliessungsanlagen aufweisen.

- Die Ueberbauung des Grundstücks muss eine planmässige Weiterentwicklung des bereits überbauten Siedlungsgebiets darstellen, also dessen unmittelbare Fortsetzung bilden und den künftigen Zonenvorschriften entsprechen.

- Diese Voraussetzung ist anhand der Nutzungsrichtplanung nachzuweisen. Verlangt wird nicht der Abschluss des Richtplanverfahrens, doch müssen die Absichten der Gemeinde über die künftige planerische Behandlung des Grundstücks klar sein, also die Einzonung für die Planungszeit Z 1 und - beispielsweise - als zweigeschossige Wohnzone. Das Planungskonzept muss vernünftig und anhand eines ortsplanerischen Gesamtkonzepts überprüfbar sein. Die Planungskommission und der Gemeinderat müssen die entsprechenden Einzonungsbeschlüsse gefasst haben, und die Einzonung muss in der Gemeinde unbestritten sein. So hob der Regierungsrat im Entscheid Nr. 4062/1974 eine von der Baudirektion mit dieser Begründung erteilte Ausnahmebewilligung auf, weil sich zeigte, dass die Gemeindebehörden noch keine klare Vorstellung davon hatten, ob und welcher Bauzone sie das Baugrundstück zuweisen wollen, und dass der Zeitpunkt der Einzonung völlig offen war (Erwägung 3).

Diese Praxis bildet eine ganze Reihe von Angriffsflächen. Die wichtigsten seien kurz erläutert:

- Die Ortsplanung wird durch die vorgängige Bewilligung solcher Bauten präjudiziert. Die Baudirektion verbaut sich die Zweckmässigkeitsprüfung des Zonenplans gemäss Art. 44 BauG. Sie sanktioniert auf indirektem Weg, nämlich in einem Baubewilligungsverfahren, die planerische Vorentscheidung eines Gemeindeorgans, die sich später im Ensemble der Ortsplanung und im Hinblick auf übergeordnete Planungskonzepte, insbesondere der Regionalplanung, als falsch herausstellen kann. Wenn etwa die definitiven Zonenvorschriften doch nicht so lauten, wie man sie im vorangegangenen Baubewilligungsverfahren sah, beispielsweise anstelle einer Gewerbezone eine Wohnzone geschaffen wird, so wird die neue Zone von Anfang an mit einem zonenwidrigen Gebäude belastet sein.

- Das Gemeindeorgan, welches über den Zonenplan entscheidet, also die Gemeindeversammlung, wird vor irreversible Tatsachen gestellt. Es bleibt ihm nur übrig, die Einzonung eines Gebiets oder zonenwidrigen Bauten in Kauf zu nehmen. Die Demokratisierung der Planung wird also erschwert, trotzdem sie seitens des Institutionen garantiert ist (240).

- Die Praxis verstösst gegen Art. 55/2/c BauG. Diese Bestimmung verlangt, dass Baugesuche, welche im Hinblick auf vorgesehene neue Vorschriften gestellt werden, erst nach deren Genehmigung

240 In diesem Sinn auch RRB Nr. 4062/1974 E 3. a.E. Ferner sei auf BGE 98 Ia 581 verwiesen. Dieses Urteil enthält ähnliche Gedanken in bezug auf die Frage, ob auf ein Grundstück, das in mehreren Zonen liegt, immer die für den Grundeigentümer vorteilhaftesten Zonenvorschriften angewendet werden können, was das Gericht verneint.

aufgrund dieser Vorschriften zu beurteilen sind. Solche Baugesuche wären also zurückzustellen, bis die Einzonung rechtskräftig geworden ist.

- Sofern die Gemeinde bloss ein von der Baudirektion bezeichnetes provisorisches Baugebiet hat, sind Parzellen im Randbereich ausserhalb der provisorischen Abgrenzung gleich zu behandeln wie diejenigen im Baugebiet, sofern sie durch blosse Detailerschliessungsanlagen erschlossen werden können. Das bedeutet, dass durch eine Einzelverfügung der Baudirektion nach Art. 14/1/b oder 15/3 BauG die Zugehörigkeit einer solchen Parzelle zum Baugebiet festzustellen und nicht eine Ausnahme nach Art. 24 zu erteilen ist (241).

Aus planerischer und rechtlicher Sicht können diesen Einwänden kaum stichhaltige Gegenargumente entgegengesetzt werden. Die Einwände sind berechtigt. Die Verwaltungspraxis ist Folge der erwähnten Schwierigkeiten, die im Laufe der Durchführung der Ortsplanungen aufgetaucht sind. Zu verlangen ist, dass sie überall dort aufgegeben wird, wo Zonen- oder Erschliessungsplanungen rechtskräftig werden. Eine Ausdehnung der Praxis auf die für Z 2 zur Einzonung vorgesehenen Gebiete wäre nicht haltbar.

c) Die Erstellung von Bauten, die *öffentlichen Zwecken dienen* und der Richtplanung nicht widersprechen.
Mit diesem wichtigen Grund sollen unaufschiebbare Baubedürfnisse der Gemeinden realisiert werden können. Sofern später ein Zonenplan erlassen wird, sind die zu überbauenden Grundstücke einer Freifläche zuzuweisen. Zu diesen Bauten gehören Abwasserreinigungsanlagen, Schulhäuser, Feuerwehrmagazine, Postbüros usw. Solche Bauten können im übrigen Gemeindegebiet sogar standortgebunden sein, nämlich dann, wenn abgelegene Gebiete mit öffentlichen Diensten zu versorgen sind, oder in Gemeinden, die überhaupt keinen erkennbaren Dorfkern haben.

2.255 Härtefälle

Den Kern des Härtefalls im eigentlichen Sinn bilden die persönlichen Verhältnisse des Grundeigentümers. Sie zeichnen sich durch besondere Eigentümlichkeiten gegenüber durchschnittlichen bau- und planungsrechtlichen Sachverhalten aus und sind darüberhinaus vielfach mit ungewöhnlichen äusseren Umständen,die nicht beim Grundeigentümer liegen, verknüpft. Abstrakt lässt sich der Härtefall nicht genauer fassen. Ob solche Verhältnisse vorliegen, muss im Einzelfall geprüft werden. Es seien einige Beispiele aus der Praxis angeführt:

- Der Bauherr kaufte Ende der Sechzigerjahre ein Grundstück für den Bau eines Einfamilienhauses in einer Gemeinde mit ausgesprochener Streubauweise. Der Bauplatz schliesst an eine Häusergruppe an, bildet jedoch keine Baulücke und liegt auch ausserhalb des künftigen Zonenplans. Diese Gesichtspunkte ergeben keinen wichtigen Grund. Die Untersuchung der persönlichen Verhältnisse ergibt, dass Krankheiten und ein Todesfall in der Familie dem Bauherrn derart zusetzten, dass es ihm nicht möglich war, das Bauprojekt zügig voranzutreiben. Als er dazu psychisch wieder

241 vorn Ziff. E.3.52

in der Lage ist, ist das neue Baugesetz in Kraft getreten. Finanziell wäre er überfordert, im Baugebiet einen Bauplatz zu kaufen und den alten brachliegen zu lassen. Hier kann ein Härtefall angenommen und eine Ausnahme erteilt werden, weil auch keine schwerwiegenden öffentlichen Interessen betroffen werden.

- Einige Bauherren kauften im Verlauf des Jahres 1970 Bauplätze. Auf den Rat der Gemeindebehörden hin holten sie zuerst Gewässerschutzbewilligungen ein und warteten bis zu deren Eintreffen mit der Einreichung der Baugesuche zu, anstatt wie üblich beide Gesuche miteinander zu stellen. Wie sie die Baueingaben einreichen, gilt neues Baurecht. Auch hier wurden Härtefälle anerkannt. Die Verknüpfung mit einer von den Bauherren nicht beeinflussbaren Tatsache, nämlich der unzweckmässigen Beratung durch eine Gemeindebehörde, ist offentsichtlich.

- Der Bauherr kauft anfangs der Sechzigerjahre ein grösseres Grundstück, um darauf ein Ferienhaus zu erstellen. Er holt bald darauf eine Gewässerschutzbewilligung für ein solches Haus ein, zieht eine Wasserleitung auf das Grundstück und erstellt die verlangten Gewässerschutzanlagen, ohne jedoch um eine Bewilligung für das Ferienhaus nachzusuchen. Als einsames Objekt steht während Jahren ein Toilettenhäuschen am Ende der beiden Leitungen. Sie dient dem Grundeigentümer in der Zeit, da er auf dem Grundstück campiert. Auch hier sind die Elemente für die Annahme eines Härtefalls gewichtig, doch muss sich der Bauherr entgegenhalten lassen, dass er viele Jahre Zeit gehabt hätte, das Bauprojekt vorzubereiten und die Baueingabe einzureichen. Dazu würden durch die Erstellung eines Ferienhauses wesentliche öffentliche Interessen berührt, denn das Grundstück bildet eine landschaftlich empfindliche Geländekante. Ein Haus träte von weither sichtbar als Streubau in Erscheinung. Deshalb kann eine Ausnahme nicht erteilt werden.

Diese Beispiele mögen veranschaulichen, welche Gratwanderungen bei der Beurteilung solcher Sachverhalte zu bewältigen sind. Denn mit der Bewilligung oder der Ablehnung der Ausnahme wird ein Privileg verliehen oder ein Verdikt gesprochen. Mittellösungen gibt es nicht.

2.3 Topoi, welche keine wichtigen Gründe darstellen

Bei der Bestimmung der Gesichtspunkte, die als wichtige Gründe gelten, trafen wir bereits eine Reihe von Sachverhalten an, die nicht genügen, um sich zu einem wichtigen Grund zu verdichten. Im Folgenden wollen wir eine Reihe weiterer Gesichtspunkte betrachten, die dasselbe Los teilen. Wir müssen uns dabei auf die wichtigsten beschränken, auf solche, die immer wieder auftauchen. Gemeinsam ist ihnen, dass sie keine derart gewichtigen privaten oder öffentlichen Interessen darstellen, um Dispensationen von der Einhaltung der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet zu rechtfertigen. Viele sind derart allgemein, dass die Anerkennung als wichtiger Grund einer weitgehenden Preisgabe der verschärften Nutzungsbestimmungen gleichkäme, denn sie könnten in einer unabsehbaren Zeit von Fällen vorgebracht werden. Anders ausgedrückt: Die Weigerung, einen Sachverhalt als wichtigen Grund zu anerkennen, schliesst vielfach die Aussage mit ein, dass der Bewilligung des vorgelegten

Bauvorhabens öffentliche Interessen entgegenstehen würden. Denn oft erfolgt diese Weigerung erst nach der Konfrontation mit der Frage: was wären die Folgen für die Wirksamkeit der geltenden Nutzungsordnung, wenn dieses und jenes Vorbringen als wichtiger Grund gälte?

2.31 LANDKAEUFE ZU BAUZWECKEN UNTER ALTEM RECHT

Tausende von Grundstücken wechselten im Verlauf der letzten Jahre ihre Eigentümer, um einmal überbaut zu werden. Ein auf diese Weise demonstrierter Bauwille kann, auch wenn er im Kaufvertrag festgehalten ist, keinen wichtigen Grund abgeben (242). Jeder Grundeigentümer muss damit rechnen, dass die Bauvorschriften ändern und die Baumöglichkeiten beschränken (243). Jeder Grundstückkauf ist mit diesem Risiko verbunden, das sich vergrössert, je länger mit der Einreichung des Baugesuches zugewartet wird. Im übrigen wäre es kaum gerechtfertigt, nur denjenigen eine Ausnahme zu erteilen, die ihr Land kaufen mussten. Alle andern Personen, denen auf andere Weise Land zugefallen ist und die sich bereits unter altem Recht mit ernsthaften Bauabsichten trugen, müssten gleich behandelt werden. Sie hätten bloss mehr Mühe, diese Bauabsichten nachzuweisen. Eine anderslautende Praxis käme faktisch einem Weiterbestehen der alten Bauvorschriften neben den neuen gleich, wie es bereits durch Art. 55/1 BauG Tatsache geworden ist. Nach dieser Vorschrift sind Baugesuche nach dem zur Zeit ihrer Einreichung geltenden Recht zu beurteilen. In den letzten Wochen des Jahres 1970 wurden noch unzählige Baugesuche eingereicht. Besonders viele waren es am 30.12.1970. Einzelne sind noch heute nicht erledigt. Diese Lösung ist bereits grosszügig. Sie bevorzugt die Grundeigentümer weit stärker als der Grundsatz, dass das neue Recht auf alle nocht nicht rechtskräftig entschiedenen Baugesuche anzuwenden ist. Dieser Grundsatz ist im Verwaltungsrecht vorherrschend, sofern nicht eine Gesetzesvorschrift etwas anderes bestimmt (244).

2.32 DIE BESTEUERUNG VON GRUNDSTUECKEN ALS BAULAND

Die Grundsätze der Steuergesetzgebung über die amtliche Bewertung der Grundstücke nahm bisher wenig Rücksicht auf die bau- und planungsrechtliche Ordnung (245). So führten viele der in Ziff. 2.31 erwähnten Handänderungen zu einer höheren amtlichen Bewertung und damit zu einer höheren Besteuerung. Denn wenn der Verkehrswert

---

242 Hinweise zur entsprechenden Rekurspraxis bei Siegenthaler, MbVR 71 (1973) S. 178 N 102

243 BGE 87 I 311, 98 Ia 377, 90 Ia 344, MbVR 60 (1962) S. 304, 62 (1964) S. 64, 64 (1966) S. 318, ZBl 62 (1964) S. 131

244 Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 312, insbes. Bemerkung II/4 und N 1 und 6 zu Art. 55 BauG. Der Regierungsrat sah in Art. 118 KGV die gleiche Lösung wie Art. 55/1 BauG vor, doch verweigerte ihr der Bundesrat am 14.5.1973 die Genehmigung.

245 Art. 54 des Gesetzes über die direkten Staats- und Gemeindesteuern vom 29.10.1944 mit seitheriger Abänderung, Dekret betr. die Ermittlung der amtlichen Werte der Grundstücke und Wertschriften vom [illegible], insbes. § 24

nicht im wesentlichen durch die land- und forstwirtschaftliche Nutzung bestimmt wird, gilt ein Grundstück als nichtlandwirtschaftliches und wird über dem Ertragswert eingeschätzt (246).
Preise von rund Fr. 50.-- pro m2 für Grundstücke in Landwirtschaftszonen waren in den Sechzigerjahren nichts Ungewöhnliches. Es wurden Fälle bekannt, in denen für Parzellen in attraktiven Lagen über Fr. 100,-- pro m2 bezahlt wurden. Allerdings konnte nach der damaligen Rechtslage durchaus mit Baubewilligungen gerechnet werden. Dies rechtfertigt jedoch die Erteilung von Ausnahmen nach neuem Recht nicht.
Inzwischen wurde die Koordination zwischen der Steuer- und der Baugesetzgebung verwirklicht. Es wurden neue Bewertungsgrundsätze erlassen, die weitgehend auf die Ausscheidung von Bau- und übrigem Gemeindegebiet abgestimmt sind (247).

2.33 WOHN-, FERIEN- UND WOCHENENDHAEUSER SOWIE UNTERKUNFTSHUETTEN ALS ERHOLUNGSEINRICHTUNGEN

Das übrige Gemeindegebiet soll als Erholungsgebiet der gesamten Bevölkerung dienen. Es käme aber einer Pervertierung dieses Grundsatzes gleich, deswegen einzelne Wohn- oder Ferienhäuser zuzulassen, weil die Baugesuchsteller aus gesundheitlichen Gründen möglichst viel Ruhe und saubere Luft benötigen. Diese Begründung wird recht häufig vorgebracht und durch ärztliche Zeugnisse zu erhärten gesucht.
Für die Erholungsaktivitäten, wie sie von der Erholungsplanung umschrieben werden, ist die Erstellung privater Wohnhäuser im übrigen Gemeindegebiet nicht notwendig. Die Naherholung ermöglicht die tägliche Rückkehr an den Wohnort. Für die Befriedigung der Aufenthaltsbedürfnisse, die die Wochenend- und Ferienerholung mit sich bringen, sind geeignete Bau- und Ferienhauszonen zu schaffen (248). Gleiches muss für bescheidenere Bauwerke gelten, die bloss dem Tages- oder Wochenendaufenthalt in den wärmeren Jahreszeiten dienen, also der Musse und dem erholsamen Aufenthalt. Sie sind deshalb den eigentlichen Ferienhäusern gleichzustellen (249).

2.34 WIRTSCHAFTS-, FISKAL- UND SOZIALPOLITISCHE ERWAEGUNGEN

Häufig werden Ausnahmebegehren mit Gründen des öffentlichen Wohls substantiiert. Die angesteuerten Ziele sind verständlich, doch stellt die Erteilung von Ausnahmebewilligungen kein taugliches Mittel dar. Soweit das Bau- und Planungsrecht zur Erreichung dieser Ziele beitragen kann, hat dies durch einen optimalen Einsatz der Planungsinstrumente zu geschehen. Es seien einige Beispiele angeführt.

---

246 § 17 und § 24/1 des zit. Dekrets
247 Dekret betr. die Hauptrevision der amtlichen Werte der Grundstücke und Wasserkräfte vom 13.2.1973, Art. 13ff., insbes. Art. 24ff.
248 vorn Ziff. F.4.41
249 RRB 4270/1972, 3152 /1973, oben Ziff. J.2.212

Eindeutig *wirtschaftspolitischer* Natur ist die Begründung, das einheimische Baugewerbe müsse beschäftigt werden (250). Besteht in einer Gemeinde eine Nachfrage nach Bauland, aber kein genügendes Angebot an Baulandreserven, so ist eine Zonen- oder Erschliessungsplanung durchzuführen. Oft genügt ein Ueberbauungsplan für zehn bis zwanzig Bauplätze vollauf. Art. 24 erlaubt jedoch keine Strukturerhaltungspolitik für das Baugewerbe.
Fiskalpolitisch wird argumentiert, wenn Personen mit hohen Einkommen angesiedelt werden sollen (251). Es ist begreiflich, dass ländlichen Gemeinden gute Steuerzahler willkommen sind. Allerdings übersehen die antragstellenden Gemeindebaupolizeibehörden, dass die Baugesuchsteller nicht verpflichtet werden könnten, ihren zivil- und steuerrechtlichen Wohnsitz in der Gemeinde zu nehmen, und dass die Steuergesetzgebung viele Möglichkeiten bietet, die Steuerpflicht auf verschiedene Gemeinden, Kantone und Länder aufzuteilen.
Durch Anerkennung fiskalpolitischer Erwägungen als wichtigen Grund würde eine Privilegierung der wirtschaftlich Erfolgreichen geschaffen. Sofern entsprechende Baubedürfnisse entstehen, kann eine Gemeinde versuchen, sie mittels eines Planungsinstrumens zu befriedigen, nämlich durch die Schaffung von Landhauszonen mit restriktiven baupolizeilichen Massen und niedrigen Ausnützungsziffern. Einzelne Gemeinden machten von dieser Möglichkeit Gebrauch (252).
Gerade umgekehrt liegen die Fälle, in denen *sozialpolitische* Gründe für das Bauen im übrigen Gemeindegebiet geltend gemacht werden. Es wird behauptet, dem bauwilligen ortsansässigen Bürger fehlten die finanziellen Mittel für den Erwerb eines Bauplatzes im Baugebiet. Dazu ist zu wiederholen: die Gemeinden können solche Verhältnisse mit einer eigenen aktiven Bodenpolitik meistern. Wichtig ist, dass sie früh genug als Kaufsinteressenten für Bauland auftreten, um solches zu günstigen Bedingungen erwerben und später weitergeben zu können; denn es sind ja nicht "auswärtige Spekulanten", die das eingezonte Bauland erstmals veräussern, sondern die einheimischen Landeigentümer selber. An ihnen liegt es, dafür zu sorgen, dass Solidarität unter der ortsansässigen Bevölkerung kein Schlagwort der Lokalpolitik bleibt, das vor verlockenden Preisangeboten Auswärtiger vergessen wird.

2.35 DER ABBRUCH UND WIEDERAUFBAU BESTEHENDER BAUTEN

Ich beurteilte bereits die geltende Bewilligungspraxis für den Wiederaufbau von durch Naturgewalten zerstörten nichtlandwirtschaftlichen Bauten kritisch (Ziff. J.2.253). Der Wiederaufbau solcher Bauten nach künstlicher Zerstörung durch Abbruch oder die vollständige Umgestaltung des innern und äussern Charakters von Bauten kann dagegen generell nicht als wichtiger Grund anerkannt werden. Ein ins Gewicht fallender Unterschied zur Erstellung eines Neubaus auf einem bisher unüberbauten Areal besteht nicht. Die Tatsache, dass

250 RRB Nr. 2693/1972 Gemeinde Gsteig, Siegenthaler MbVR 71 (1973) S. 179 N 106. In der Gemeinde wurden bald nach diesem Entscheid Ferienhauszonen gem. Art. 25 BauG ausgeschieden.

251 RRB 2189/1974 E.2

252 Ein typisches Beispiel stellen der Zonenplan und das Baureglement der Gemeine Diemerswil vom 20.8.1973 dar, vgl. hinten Ziff. L.4

irgendwo ein baufälliges Gebäude vorhanden ist, kann nicht zum Anlass für die Realisierung von Neubauten genommen werden (253). Entstehen polizeiwidrige Zustände, beispielsweise Brandgefahren oder Verkehrsgefährdungen, hat die Gemeindebaupolizeibehörde die erforderlichen Massnahmen zu treffen, die bis zur Wegräumungsverfügung oder zum Widerruf der Baubewilligung gehen können. Die entsprechenden Grundlagen finden sich in Art. 60/2/c BauG und Art. 47/3 BewD (254). In solchen Fällen gelten somit die Grundsätze für die Bewilligung von Neubauten.

2.36 DIE KUENFTIGE EINZONUNG

Im Einzelfall ist es nicht immer einfach, den wichtigen Grund der Errichtung von Bauten im unmittelbaren Erweiterungsgebiet des Baugebietes, wie wir ihn in Ziff. 2.254 beschrieben, einzugrenzen. Es wird sehr häufig vorgebracht, das zur Ueberbauung vorgesehene Grundstück werde später in eine Bauzone einbezogen. Folgende Verhältnisse reichen regelmässig nicht hin, sich zu einem wichtigen Grund zu verdichten:

- Wenn die Frage der künftigen Einzonung noch offen ist. Das trifft insbesondere dann zu, wenn die Gemeinde die Durchführung oder die Revision der Ortsplanung noch nicht beschlossen hat oder wenn die Arbeiten dazu noch nicht begonnen haben oder erst in den Anfängen stecken. In diesen Fällen sind noch keine planerischen Grundlagen für die zuverlässige Beurteilung der künftigen Nutzungsordnung für das betreffende Grundstück vorhanden. Die angebliche Einzonung stellt sich als blosser Wunsch des Grundeigentümers oder des antragstellenden Gemeindeorgans dar (255).
- Wenn sich das Gebiet zwar als Baugebiet eignet, aber nicht im unmittelbaren Erweiterungsgebiet des bereits überbauten Siedlungsgebiets liegt (256). Hier geht es regelmässig um die Neueröffnung von Baugebieten. Das kann nur mittels eines der Ortsplanung entsprechenden Planungsinstruments ermöglicht werden, also durch eine Zonenplanänderung oder, wo ein solcher Plan fehlt, durch einen Erschliessungsplan in der Form eines Ueberbauungsplans (257).

---

253 Ein solcher Fall war Gegenstand in RRB Nr. 4128/1973. Anstelle eines abbruchreifen Bauernhauses sollte ein Sechsfamilienhaus errichtet werden, was abgelehnt wurde. Aehnlich RRB Nr. 1868/1974

254 Zaugg N 4 zu Art. 60 BauG

255 RRB Nr. 242/1973, 467/1973, 880/1973, 1046/1973, 3524/1973

256 Ich verwende bewusst diesen Ausruck, weil in Gemeinden mit zu grossen Zonenplänen weite Gebiete zwar eingezont, aber unüberbaut sind. Hier stellen sich schwerwiegende Probleme zur Verkleinerung der Bauzonen. Es wäre verfehlt, ausgerechnet hier entlang der Zonengrenzen im übrigen Gemeindegebiet Ausnahmebewilligungen zu erteilen.

257 RRB Nr. 880/1973, 1085/1973, 1749/1973 (bestätigt durch VGE vom 28.1.1974 i.S. Gaechter)

2.37 DAS FEHLEN VERLETZTER OEFFENTLICHER INTERESSEN ALS WICHTIGER GRUND

Die Befriedigung einzelner öffentlicher Interessen vermag wie gesehen einen wichtigen Grund abzugeben. Noch einen Schritt weiter geht die Auffassung, dass immer dann Ausnahmebewilligungen erteilt werden sollten, wenn den Bauvorhaben keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegenstehen. Eine solche Auslegung des Art. 24 wäre mit dem kumulativen gesetzlichen Erfordernis des Vorliegens eines wichtigen Grundes und des Fehlens verletzter öffentlicher Interessen unvereinbar. Letzteres kann nicht gleichzeitig einen wichtigen Grund darstellen. Es sind vor allem zwei Gesichtspunkte, die in diesem Sinn immer wieder als wichtige Gründe vorgebracht werden:

- Die Möglichkeit, ein Bauvorhaben genügend oder voll erschliessen zu können. Hier ist zu wiederholen, dass die Regelung der Art. 23 und 24 BauG strenger ist als die des Art. 6 BVG. Die hinreichende Erschliessung eines Bauvorhabens ist Voraussetzung für die Erteilung jeglicher Baubewilligung. Die entsprechenden Grundsätze finden sich in Art. 4 BauG. Sie vermag für sich allein das Bauen im übrigen Gemeindegebiet nicht zu rechtfertigen. Dieser Gesichtspunkt war bereits Gegenstand einer ganzen Reihe von Rekursentscheiden des Regierungsrates, der die dargelegte Auffassung übernahm (258).
- Die fehlende Beeinträchtigung der landwirtschaftlichen Bodennutzung. Ich beleuchtete bereits den Art. 24/2/d BauG kritisch. Umso weniger wäre es angängig, überall dort bauen zu lassen, wo die landwirtschaftliche Bodennutzung irgendeinmal aufgegeben wurde, wo sie erschwert oder unrentabel ist, die engen Voraussetzungen des Art. 24/2/d aber nicht gegeben sind (259). Solche Verhältnisse kommen überall vor, etwa in der Form von Restparzellen, die durch einen Weg- und Strassenbau oder durch Landumlegungen entstanden, bei Hängen mit starken Neigungen, bei erodierten Bodenflächen oder in Waldlichtungen. Häufig bilden solche Grundstücke reizvolle Landschaftselemente, die in ihrer Art erhaltenswert sind.

2.4 Die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Topoi für wichtige Gründe

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind im Licht von Art. 24 BauG in zweierlei Hinsicht von erheblicher Bedeutung. Einerseits treffen die in Art. 23 enthaltenen Beschränkungen der baulichen Nutzung die Grundeigentümer stark, aber gleichmässig. Der grösste Teil des Bodens gehört zum übrigen Gemeindegebiet. Andererseits enthält Art. 24 den Rechtskonkretisierungsauftrag an die Regierung und an die Verwaltung, in Einzelfällen Durchbrechungen

---

258 RRB Nr. 2610/1972 (bestätigt durch VGE vom 19.2.1973), 242/1973, 1215/1973, 1749/1973

259 In diesem Sinn RRB Nr. 2610/1972 (bestätigt durch VGE vom 19.2.1973), 121 1973, 3524/ 1973, 4128/1973, 4471/1973

der Nutzungsordnung zu gestatten. Dieser Auftrag bewegt sich in erheblichen Spielräumen. Beim Entscheid darüber, ob ein Topos als wichtiger Grund zu anerkennen ist oder nicht, ist der Beizug der allgemeinen Rechtsgrundsätze unumgänglich. Das gleiche gilt für die Subsumption der einzelnen Sachverhalte auf die anerkannten wichtigen Gründe, da die vorgetragenen Abgrenzungskriterien nicht einfach fertige Rezepte darstellen. Das zeigt sich etwa bei Bauvorhaben im Zusammenhang mit bestehenden Bauten, bei solchen zur Strukturverbesserung des ländlichen Raumes, bei den Notlösungen bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung und bei Härtefällen im eigentlichen Sinn. So verwundert es nicht, dass bei einer steigenden Zahl erteilter Ausnahmebewilligungen und anerkannter wichtiger Gründe in neuen Ausnahmegesuchen vermehrt auf tatsächliche oder angebliche Präjudizfälle hingewiesen werden kann. Zwar besteht nach herrschender Auffassung der Gerichtspraxis und der Lehre kein Rechtsanspruch auf die Erteilung von Ausnahmen. Aber gerade die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere das Verbot rechtsungleicher Behandlung, relativieren diesen Satz stark (260). Wenn die Elemente eines wichtigen Grundes einmal hinlänglich fixiert sind, ist der wichtige Grund immer anzuerkennen. Später ist einzig eine generelle Praxisänderung zu einem bestimmten Gesichtspunkt möglich. Das gilt auch für die in Art. 24/2 ausdrücklich genannten Ausnahmetatbestände. Die Verwaltungspraxis kann, wie gesehen, nicht umhin, sie zu interpretieren. Sie kann sie aber nicht einfach fallen lassen, beispielsweise, um die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet effizienter zu verwirklichen. Gerade was die in Art. 24/2 genannten wichtigen Gründe anbelangt, käme die daraus fliessende Berechtigung einem Anspruch auf Ausnahmebewilligung sehr nahe, wenn sie nicht durch die eidgenössische Gewässerschutzgesetzgebung relativiert und teilweise derogiert worden wären. So ist insbesondere die Bestimmung des Art. 24/2/c sofort als Rechtsanspruch ins Bewusstsein der landwirtschaftlichen Bevölkerung eingegangen, oder anders ausgedrückt, als planungsrechtlich garantierter Minimalanspruch betrachtet worden.

2.41 DIE GRUNDSÄTZE DER GESETZMÄSSIGKEIT UND DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT

Der Grundsatz, dass die Behörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an die Rechtsordnung, d.h. an Gesetze im materiellen Sinn, gebunden sind (261), ist in unserem Zusammenhang in dreifacher Hinsicht von Bedeutung:

- Steht fest, dass ein Bauvorhaben nach Art. 23/2 oder 3 BauG zulässig ist, kann kein Ausnahmeentscheid nach Art. 24 gefällt werden, beispielsweise um Bedingungen und Auflagen stellen zu können, die nur im Zusammenhang mit Ausnahmebewilligungen zulässig sind.

---

260 Zaugg, N 2 c der Vorbemerkungen zu Art. 46 - 50 BauG mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis, Zimmerlin N 4 zu § 3 BO Aarau, Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 222 Bem. III S. 82f., Suter S. 86, Zimmermann S. 6ff.

261 Grisel S. 164ff., Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 211 S. 45ff., Zaugg N 14ff. der Einleitung zum BauG

- Zeigt sich, dass in einer Gemeinde ohne Zonenplan ein Grundstück zu Unrecht nicht in das provisorisch ausgeschiedene Baugebiet einbezogen wurde, so ist es durch eine Verfügung im Sinn von Art. 14/1/b oder 15/3 BauG in Verbindung mit Art. 114 BauV zur Ueberbauung freizugeben und nicht durch die Erteilung einer Ausnahmebewilligung (262).
- Das Prinzip der Gesetzmässigkeit wäre verletzt, wenn Ausnahmegesuche nur im Hinblick darauf geprüft würden, ob öffentliche Interessen entgegenstehen, auf das Erfordernis des wichtigen Grundes dagegen verzichtet würde (263).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besagt, dass behördliche Massnahmen nicht schärfer sein dürfen, als es der Zweck der Massnahme verlangt, und dass von verschiedenen geeigneten Massnahmen diejenige zu wählen ist, die den angestrebten Zweck erfüllt, aber den geringsten Eingriff in die Rechte und Freiheiten des Betroffenen darstellt (264). Er kann sich dann auswirken, wenn nur für einen Teil der Baueingabe ein wichtiger Grund vorliegt. Ist es bautechnisch möglich, nur diesen Teil zu verwirklichen, so ist nicht das gesamte Projekt abzulehnen, sondern ein Teil zuzulassen, der andere zu untersagen. So kann etwa bei einer Eingabe für zwei Einfamilienhäuser der Tatbestand der Auffüllung einer Lücke in einer nach altem Recht entstandenen nichtlandwirtschaftlichen Ueberbauung für ein Haus vorliegen, während das zweite der Anfang einer neuen Häuserreihe wäre, deren Weiterführung nicht abzusehen wäre. Seine Hauptbedeutung erlangt dieser Rechtsgrundsatz allerdings bei der Konfrontierung des wichtigen Grundes mit den öffentlichen Interessen im Einzelfall (hinten Ziff. J.4).

2.42 DIE RECHTSGLEICHHEIT

2.421 Das Verbot rechtsungleicher Behandlung

Zum Begriff sei auf Ziff. E.2.2 verwiesen. Zu fragen ist hier vorerst, ob der Baugesetzgeber bei der Umschreibung einzelner wichtiger Gründe in Art. 24/2 das Gebot der Rechtsgleichheit befolgte. Dies kann insoweit bejaht werden, als standortgebundene und nutzungskonforme Bauten zugelassen werden, also Touristikanlagen nach lit. a und Bauten nach lit. c, sofern sie solchen Angehörigen dienen, die zwar nicht hauptberuflich, aber doch regelmässig auf dem Landwirtschaftsbetrieb mitarbeiten. Fragwürdig sind unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit jedoch die Tatbestände, welche das Element der Standortgebundenheit oder der Zonenkonformität nicht enthalten. Dazu gehören die wichtigen Gründe der lit. b, d und teilweise c. Warum soll nur der Landwirt Land verkaufen dürfen, der in einer wirtschaftlichen Notlage steckt? Warum soll gerade solches Land überbaut werden können, das niemand mehr landwirtschaftlich nutzen will? Warum soll ein Angehöriger, der überhaupt nicht im Landwirtschaftsbetrieb mitarbeitet, trotzdem bauen können, der Arbeitersohn, der

---

262 vorn Ziff. E.3.52, J.2.254 am Ende
263 vorn Ziff. J.2.37

sich neben dem elterlichen Wohnhaus niederlassen möchte, nicht? (265). Die Antworten liegen natürlich darin, dass die Folgerichtigkeit der Planungsmassnahme gestört, die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet in unzulässiger Weise durchlöchert würde. Die Ausnahmetatbestände, die andere als standortgebundene Bauten und Anlagen zulassen, sich also nicht in das Konzept der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet einfügen, stellen damit kaum verhüllte Privilegierungen dar und erscheinen als "Beseitigung der Gleichheit als solcher, weil sie lästig werden kann" (266), lästig zum Beispiel aus abstimmungspolitischen Gründen. Deswegen für eine grosszügige Auslegung des Art. 24 zu plädieren, wäre verkehrt und liefe auf die alte Ordnung des Art. 6/4 BVG und damit zum Verstoss gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip hinaus. Es ist umgekehrt für die Abschaffung der privilegierenden Tatbestände einzutreten.
Auf die Bedeutung des Verbots rechtsungleicher Behandlung bei der Konkretisierung des Art. 24 wurde bereits hingewiesen. Viele der in Ziff. 2.3 beschriebenen Topoi müssen nicht nur aus raumplanerischen, sondern auch aus Erwägungen der Rechtsgleichheit als wichtige Gründe abgelehnt werden. Oft werden Ausnahmegesuche mit Hinweisen auf nichtlandwirtschaftliche Bauten begründet, die unter der Herrschaft früherer Bauvorschriften in der Gegend des zur Ueberbauung vorgesehenen Grundstücks bewilligt wurden. Solche Bauten vermögen jedoch keine für die Beurteilung nach neuem Recht relevanten Präjudizfälle abzugeben (267). Allerdings wurden die Erschliessungsvorschriften des BVG large gehandhabt. Bei einer konsequenten Beachtung dieser Vorschriften hätten viele Bauten, die heute als Präjudizfälle angesehen werden, auch nach altem Recht nicht bewilligt werden dürfen (268).

---

264 Grisel S. 184ff., Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 342 S. 218ff., Zaugg N 18 der Einleitung zum BauG

265 Aehnliche Probleme stellen sich übrigens beim vorwiegend familienpolitisch motivierten Vorkaufsrecht für landwirtschaftliche Liegenschaften nach Art. 6ff. des EGG, vgl. Meier-Hayoz, vom Vorkaufsrecht, ZbJV 92 (1956) S. 320f.

266 Huber, vom Baupolizeirecht zum Bauplanungsrecht S. 63

267 [illegible] Siegenthaler, MBVR 71 (1973) N 108 S. 173. [illegible] Reihe von Entscheiden bestätigt worden.

268 Ein typischer Fall war Gegenstand von RRB Nr. [illegible]/1973. Das Bauvorhaben, ein Ferienhaus, war 1970, also noch unter altem Recht, erstmals publiziert worden. [illegible] der Regierungsrat das Bauvorhaben im Beschwerdeverfahren nach altem Recht, [illegible] früher [illegible] dann das Verwaltungsgericht [illegible] altem Recht genügend erklärte (VGE vom 17.6.1974 i.S. Forster).

Was die über den Abs. 2 des Art. 24 hinaus anerkannten wichtigen Gründe anbelangt, so erscheinen sie mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbar, wenigstens soweit es sich um die Zulassung standortgebundener oder zonenkonformer Bauten und Anlagen handelt. Wo einzelne wichtige Gründe kritisch beurteilt wurden, geschah dies nicht nur wegen der fehlenden Zonenkonformität der zugelassenen Bauten, sondern vielfach auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes.

2.422 das Willkürverbot

Auch hier sei zum Begriff auf Ziff. E.2.2 verwiesen. Das Verbot fällt in unserem Zusammenhang weitgehend mit dem Verbot rechtsungleicher Behandlung zusammen. Allerdings ist keiner der in Art. 24 2 enthaltenen oder durch die Verwaltungspraxis geschaffenen wichtigen Gründe als willkürlich im Sinn einer offensichtlichen, jeder vernünftigen Begründung entbehrenden Rechtsverletzung zu werten. Solche Verhältnisse können sich aber in Einzelfällen ergeben, nämlich dann, wenn in ihrer Konstellation einmalige Sachverhalte von den Verwaltungsbehörden unter den Gesichtspunkten des Art. 24 völlig falsch beurteilt werden.

2.43 DER GRUNDSATZ VON TREU UND GLAUBEN

Das Verwaltungshandeln untersteht dem Grundsatz von Treu und Glauben. So soll sich der Bürger auf ihm erteilte Auskünfte und Zusagen verlassen können. Er kann darauf angewiesen sein, von der Verwaltung solche Auskünfte einzuholen, bevor er sich für ein bestimmtes Verhalten entschliesst, das massgebend vom öffentlichen Recht bestimmt wird. Im Bau- und Planungsrecht kommt dies sehr häufig vor. Bevor ein Bauherr umfangreiche und kostspielige Projektierungsarbeiten als Grundlagen der Baugesuchseingabe vornehmen lässt, will er wissen, ob seine Bauabsichten Chancen haben, sich verwirklichen zu können. So besteht ein "eminentes Bedürfnis des Bürgers nach sicherer Kenntnis der verwaltungsrechtlichen Konsequenzen seiner Verhaltensentscheidungen". (269). Wie verhält es sich, wenn die von der Verwaltung erteilten Auskünfte unrichtig sind? Wird sie gebunden oder nicht? Grundsätzlich vermögen unrichtige Auskünfte der Behörden keine vom Gesetz abweichende Behandlung zu rechtfertigen. Massgebend ist das Gesetz und nicht die von ihm abweichende Auskunft. Aber es besteht eine umfangreiche Gerichtspraxis, die sich mit den Abweichungen von diesem Grundsatz befasst. Es sind die Konsequenzen, die aus dem Gebot von Treu und Glauben fliessen. Die herrschende Lehre steht damit im Einklang. Sie vertritt vorwiegend bezüglich [illegible] dogmatischen Einordnung des Grundsatzes von Treu und Glauben in das Gefüge der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der Tragweite der Konsequenzen differenzierte Meinungen. Damit eine Berufung auf unrichtige Auskünfte [illegible] ist, müssen folgende [illegible]

[illegible]

kumulativ vorliegen (270):

- Die behördliche Auskunft muss beim Bürger Vertrauen in deren Richtigkeit erweckt haben, m.a.W. deren Unrichtigkeit darf ihm bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit nicht erkennbar gewesen sein.
- Die Auskunft muss von der hierfür zuständigen Behörde erteilt worden sein.
- Die Auskunft muss vorbehaltlos erfolgt sein.
- Infolge der Auskunft muss der Bürger Dispositionen getroffen haben, die er nicht rückgängig machen kann, die ihm also einen nicht zu beseitigenden Nachteil bringen, wenn sein Vertrauen nicht geschützt wird.
- Der Sachverhalt, wie er der Behörde zur Auskunfterteilung vorgelegt wird, muss mit dem späteren, wie er sich bei der Erwirkung einer Verfügung darstellt, übereinstimmen (Identität des Sachverhalts).
- Die Rechtslage muss im Auskunfts- und im Entscheidstadium die gleiche sein (Identität der Rechtslage).

Die Form der behördlichen Auskunft ist für deren Verbindlichkeit unerheblich. Den Bürger trifft jedoch die Beweislast für die Fragen, ob eine Auskunft erteilt wurde und welches ihr Inhalt war, so dass mündliche Auskünfte schwer nachzuweisen sind (271). Die Verbindlichkeit besteht darin, dass die Behörden später im Sinn ihrer Auskunft entscheiden müssen (272). Sie dauert so lange, als die Verbindlichkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (273).

2.431 Behördliche Auskünfte über die Ueberbaubarkeit von Grundstücken nach dem Bauvorschriftengesetz von 1958

Viele Ausnahmegesuche nach Art. 24 BauG werden damit begründet, unter der Herrschaft des BVG sei die Ueberbaubarkeit eines nach neuem Recht im übrigen Gemeindegebiet liegenden Grundstücks zugesichert und der Landkauf erst aufgrund einer solchen Zusicherung getätigt worden. In aller Regel sollen die Zusicherungen von Gemeindebehörden angegeben worden sein. Meist geschah dies in mündlicher Form durch Gemeindebeamte oder Behördemitglieder, gelegentlich liegen schriftliche Aeusserungen der Gemeindebaupolizeibehörden vor.
Solche Sachverhalte genügen regelmässig nicht, die Erteilung einer Ausnahmebewilligung zu rechtfertigen:

- Die Identität der Rechtslage ist nicht gewahrt. Es handelt sich hier um eine fundamentale Beschränkung des Gutglaubensschutzes im öffentlichen Recht. Der Bürger muss stets damit rechnen, dass

270 Dazu eingehend die Arbeit von Gueng, dem die Uebersicht folgt, insbes. S. 473ff., ferner Imboden, Verwaltungsrechtsspruchung I Nr. 343 S. 222ff., Grisel S. 167f., Zaugg N 26ff. der Einleitung zum BauG, alle mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis, zu der BGE 94 I 520 und 96 I 1 erwähnt seien.

271 Gueng S. 501

272 ebenda S. 508

273 ebenda S. 511

Gesetze im vorgeschriebenen Verfahren geändert werden. Der Gesetzgeber ist an Auskünfte und Beurteilungen der Rechtslage durch Verwaltungsbehörden nicht gebunden (274). Das gilt auch für die durch die Bau- und Planungsgesetzgebung geordnete Bodennutzung (275).

- Sowohl nach dem alten Dekret über das Baubewilligungsverfahren vom 9.2.1966 wie nach dem geltenden vom 10.2.1970 sind die Gemeindebaupolizeibehörden, von gewissen Fällen abgesehen, nicht Baubewilligungsbehörden. Sie sind daher in der Regel nicht kompetent, verbindliche Auskünfte bezüglich des späteren Bauentscheids zu erteilen. Dazu befugt sind nur die zur erstinstanzlichen Verfügung zuständigen Regierungsstatthalter sowie die ihnen vorgesetzten, mit Weisungsbefugnis ausgestatteten Instanzen, insbesondere die kantonale Baudirektion. In der Lehre wird betont, dass die Unzuständigkeit der Behörde dem Bürger nur entgegengehalten werden kann, wenn er um die Unzuständigkeit wusste oder wenn sie für ihn erkennbar war (276). Dies trifft für die Ordnung der Baubewilligungskompetenz nach bernischem Recht meistens zu, es sei denn es handle sich um Grenzfälle bezüglich der Zuordnung der Bewilligungskompetenz (277).
- Gerade wegen der fehlenden Bewilligungskompetenz erteilen die Gemeinden selten vorbehaltlose Auskünfte. Diese enthalten regelmässig Formulierungen, die den Bauentscheid der zuständigen Bewilligungsbehörde vorbehalten.

Aus diesen Erwägungen lehnt es der Regierungsrat in seiner Baurekurspraxis ab, eine Bindung der nach neuem Recht für die Erteilung von Ausnahmen nach Art. 24 zuständigen kantonalen Direktionen an Auskünfte von Gemeinden über die Ueberbaubarkeit von Grundstücken nach BVG anzunehmen (278). Die Verwaltungspraxis hat dagegen bei der Anerkennung einiger wichtiger Gründe den Grundsatz von Treu und Glauben für Verhältnisse, die unter altem Recht entstanden, insofern gewürdigt, als sie bereits vorgenommene, wesentliche Erschliessungsleistungen der Grundeigentümer in Landwirtschaftszonen nach Art. 6/4 BVG mit Ausnahmen nach Art. 24 BauG honorierte oder dort, wo sie Härtefälle im eigentlichen Sinn annahm (279).

2.432 Behördliche Auskünfte zu Art. 24 BauG

Die Baupolizei- und die Planungsbehörden aller Stufen werden sehr oft um Auskünfte darüber angegangen, ob im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens mit einer Ausnahme nach Art. 24 für eine bestimmtes Bauprojekt auf einem bestimmten Grundstück gerechnet werden kann. Sofern die unter Ziff. 2.43 genannten Verbindlichkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, müssen sich die Behörden im späteren Baubewilligungsverfahren an Zusicherungen für die Erteilung von Ausnahmen halten. Es mag nützlich sein, noch auf einige Punkte hinzu-

274 ebenda S. 503ff.
275 vgl. Anm. 243
276 Gueng S. 482f.
277 hinten Ziff. J.8.11
278 RRB Nr. 4128/1973 E.3, 4353/1973 E.2, 4471/1973 E.2
279 vorn Ziff. J.2.254 und 2.255

weisen, die für die Verbindlichkeit der Auskunft besonders von Bedeutung sind:

- Die für die Ausnahmeerteilung zuständigen Behörden, also die kantonale Bau- und die kantonale Landwirtschaftsdirektion, werden nur durch eigene Auskünfte gebunden. Was untergeordnete Baupolizeibehörden äussern, ist für sie nicht massgebend (280). Es ist ferner immer eine Auskunft der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft erforderlich, wie es sich mit dem Bauvorhaben unter den Gesichtspunkten des Art. 20 GSchG verhält.

- Die Baudirektion verbindet ihre Auskünfte auf solche Voranfragen immer mit einem Vorbehalt. Er bezieht sich auf die Einhaltung der übrigen Bauvorschriften und auf die Erteilung der anderen Bewilligungen wie der Gewässerschutzbewilligung, der forstpolizeilichen Ausnahmebewilligung zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstands etc. Er enthält ferner einen Hinweis auf die Identität des Sachverhalts: kommen im späteren Bau- und Ausnahmebewilligungsverfahren neue Tatsachen zum Vorschein, so sind die Behörden an die erteilte Auskunft nicht gebunden, sofern sich der Sachverhalt wesentlich anders darstellt als im Voranfragestadium. Denn es oblägen ihnen im Zeitpunkt der Auskunfterteilung keine Untersuchungspflichten über andere als die vorgebrachten Argumente (281). Dieser Vorbehalt hat also nicht die Bedeutung, dass sich die Behörden für das spätere Bau- und Ausnahmebewilligungsverfahren von Bindungen für Entscheide nach Art. 24 freihalten wollen (282). Er will den um Auskunft ersuchenden Bauinteressenten vielmehr daran erinnern, dass neben dem Art. 24 noch andere Bau- und Planungsvorschriften einzuhalten und die besonderen Bewilligungen im Sinn von Art. 42 BewB einzuholen sind, eine für ihn positiv lautende Auskunft also nicht der Erteilung der Baubewilligung gleichkommt.

Nicht vom Grundsatz von Treu und Glauben geprägt sind Auskünfte, welche die Ablehnung einer Ausnahme in Aussicht stellen. Aber auch in solchen Fällen ist in einem späteren Bau- und Ausnahmebewilligungsverfahren ein Abgehen von der erteilten Auskunft, hier zu Gunsten des Bürgers, nur bei Nichtidentität der Sachverhalte zulässig oder dann, wenn in der Zwischenzeit die Ausnahmepraxis für den - identisch gebliebenen - Sachverhalt geändert hat.
Was die formelle Seite des Voranfrage- und Auskunftsverfahrens anbelangt, sei auf Ziff. J.8.6 verwiesen.

2.433 Weitere Fälle

Neben den beiden soeben erläuterten Hauptanwendungsfällen des Grundsatzes von Treu und Glauben in Zusammenhang mit Art. 24 BauG sind natürlich weitere Sachverhalte denkbar, in denen Behörden widerspruchsvollen Verhalten vorgeworfen werden könnte. Kein solches ist darin zu sehen, dass für ein Bauvorhaben im übrigen Gemeindegebiet

---

280 RRB Nr. 1046/1973 E 3.a.cc, 1085/1973 E 2

281 Gueng S. 202f., Imboden, Verwaltungsrechtsprechung [illegible] Nr. 161 Bem. III. 3 S. 225

282 Gueng S. 486ff.

bereits besondere Bewilligungen, etwa zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstands von 30 m (283), zum Anschluss an eine öffentliche Wasserversorgung (284), vorliegen, eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 aber verweigert wird. Diese Bewilligungen stehen wohl in engem Zusammenhang mit dem Bauprojekt des Baugesuchstellers, beschlagen jedoch nur Teilaspekte des Bauvorhabens und vermögen keine Bindungen in bezug auf die Beurteilung nach Art. 24 herzustellen. Soweit die kantonalen Behörden zur Erteilung der verschiedenen Bewilligungen zuständig sind, achten sie aber darauf, ihre Entscheide durch ein Mitberichtsverfahren so zu koordinieren, dass der beim rechtskundigen Bürger leicht zu erweckende Anschein widersprüchlichen Verhaltens unterbleibt (285).

3. TOPOI ZU DEN OEFFENTLICHEN INTERESSEN GEMAESS ART. 24/1 UND 3

3.1 Allgemeines

Das zweite Erfordernis für die Erteilung von Ausnahmebewilligungen für nichtlandwirtschaftliche Bauten im übrigen Gemeindegebiet besteht darin, dass dem Bauvorhaben "keine wesentlichen öffentlichen Interessen" entgegenstehen dürfen. Es fehlt nicht an Versuchen, den Begriff des öffentlichen Interesseres zu umschreiben. Sie gelangen jedoch nicht über sehr generelle Aussagen hinaus, so dass sie für die Praktikabilität des Begriffs wenig herzugeben vermögen (286). Die einen sehen im öffentlichen Interesse "l'ordre public, augmenté de toutes les aspirations politiques, économiques et sociales que l'Etat s'avisera jamais de juger conformes au bien de la collectivité". (287). Sie machen den Umfang und die Ausgestaltung des öffentlichen Interesses also von den Zeitumständen abhängig (288). Andere Autoren versuchen, im Begriff einen zeit- und ortsungebundenen Wertmassstab zu finden, bestehend aus objektiven Kriterien, die zu setzen in erster Linie dem Gesetzgeber zukommt (289). Diese Kriterien sind dabei natürlich von den von Aubert genannten Einflüssen geprägt. Schliesslich wird vertreten, der Begriff des öffentlichen Interesses entbehre jeder materiellen Selbständigkeit und falle mit dem rechtsstaatlichen Willkürverbot zusammen (290). Für unseren Zusammenhang ist wesentlich, dass zu den im Rahmen von Art. 24 zu beachtenden öffentlichen Interessen alle diejenigen gehören, welche Gegenstand der öffentlichrechtlichen Gesetzgebung sind, wobei diejenigen, die durch das Bau- und Planungsrecht geregelt sind, im Vordergrund stehen (291). Dieser Rahmen ist sehr weit gespannt,

---

283 Art. 14 ForstG, Art. 42/i BewD
284 Art. 42/f BewD
285 hinten Ziff. J.8.2
286 Bäumlin, Immissionsschutz S. 126
287 Aubert, Droit constitutionnel II No 2183, ferner Grisel S. 171f.
288 Arthur Meier-Hayoz, die kantonalzürcherische Initiative gegen die Bodenspekulation vom Jahre 1962, in ZBl 65 (1964) S. 10 sowie die Beispiele in BGE 88 I 248 und 293
289 Suter S. 94ff.
290 Schaumann S. 208ff.
291 Zaugg N 10 zu Art. 46 BauG, Suter S. 86

weshalb sich eine weitere Eingrenzung aufdrängt. Es können nur diejenigen Interessen berücksichtigt werden, welche in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zur Trennung von Bau- und Nichbaugebiet und zur Nutzungsordnung für das übrige Gebiet stehen. Interessen, die andere Zwecke verfolgen, fallen nicht in Betracht (292). In Absatz 3 des Art. 24 sind zwei massgebende Interessen umschrieben. Die Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend. Ausgeschlossen ist, dass die Verwaltungsbehörden Interessen, die vom Gemeinwesen zu wahren sind, berücksichtigen dürfen, bevor sie Gegenstand der Gesetzgebung geworden sind (293). Schliesslich ist eine Begrenzung in der Formulierung enthalten, dass nur "wesentliche" öffentliche Interessen, die dem Bauvorhaben entgegenstehen, zur Verweigerung der Ausnahme führen dürfen. Eine geringfügige Beeinträchtigung genügt nicht (294). Das Wort "wesentlich" fehlt in der allgemeinen Vorschrift über die Ausnahmen von Bauvorschriften in Art. 46/1 BauG. Es wurde erst während der Beratungen im Grossen Rat eingefügt. Der Art. 24 des Entwurfs II zum BauG hatte auf Art. 46 verwiesen (295).
Wir gelangen somit zu den bereits erwähnten drei Reihen von Gesichtspunkten, nämlich die durch Art. 24 erfassten, die von dieser Bestimmung nicht erfassten öffentlichen Interessen sowie die, welche keine öffentlichen Interessen darstellen. Ich werde im folgenden keine Tatbestandsumschreibungen vorlegen können, die in ihrer Präzision denjenigen der "anderen wichtigen Gründe" gleichkommen. Ich muss mich darauf beschränken, anzugeben, worin die Verletzung eines öffentlichen Interesses bestehen kann. Die Frage des *Masses*, der Erheblichkeit dieser Verletzung kann nur im jeweiligen Einzelfall gewürdigt werden. Ein einzelnes Kriterium kann so schwerwiegend sein, dass es die Ablehnung einer Ausnahmebewilligung erfordert. In der Regel sind jedoch Gesichtspunkte verschiedener öffentlicher Interessen im Spiel. Einzeln betrachtet vermöchten sie eine Ablehnung der Ausnahme beim gleichzeitigen Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht zu rechtfertigen, sondern erst in ihrer Kumulation. Das Verhältnismässigkeitsprinzip spielt dabei eine erhebliche Rolle. Alle diese Fragen bilden den Inhalt des dritten Schritts, der Konfrontation der wichtigen Gründe mit den entgegenstehenden öffentlichen Interessen.

3.2 Topoi, welche durch Art 24 zu schützende oder zu verwirklichende öffentliche Interessen darstellen

3.21 ART. 24/3/a

Diese Bestimmung nennt als öffentliches Interesse die erhebliche Beeinträchtigung der landwirtschaftlichen Bodennutzung oder des bäuerlichen Grundbesitzes.

---

292 vgl. BGE 98 Ib 470
293 Suter S. 95
294 Zaugg N 10 zu Art. 46 BauG
295 vorn Ziff. H.3.2

Mit dem Planungsinstrument des übrigen Gemeindegebiets soll der für die Landwirtschaft massgebende Produktionsfaktor Boden sichergestellt werden (296). Deshalb müssen sich, soweit dies überhaupt möglich ist, die auf dem Dispensweg zulässigen nichtlandwirtschaftlichen Bauten nach dieser primären Zielsetzung richten.

3.211 Die landwirtschaftliche Bodennutzung

Wir können verschiedene Gruppen möglicher Beeinträchtigungen unterscheiden:

a) Vorerst ist die *Erhaltung wertvollen Kulturlandes* zu nennen. Zwar scheint der Verbrauch von landwirtschaftlich nutzbarem Land bei der Errichtung einzelner nichtlandwirtschaftlicher Bauten im übrigen Gemeindegebiet gegenüber dem Landverschleiss, den die Einzonung und Ueberbauung von Land und der Bau von Verkehrsanlagen bewirken, nicht stark ins Gewicht zu fallen. Das ist grundsätzlich nicht zu bestreiten. Immerhin sei folgende Berechnung festgehalten. In den Jahren 1971 - 1973 erteilte die kantonale Baudirektion rund 1350 Ausnahmebewilligungen nach Art. 24 (297). Wir müssen annehmen, dass pro Bauplatz rund 1000 m2 Land beansprucht wird (298). Etwa die Hälfte der Ausnahmebewilligungen dürfte Bauvorhaben betroffen haben, die landwirtschaftlich nicht oder kaum mehr sinnvoll nutzbares Land in Anspruch nahmen oder Aenderungen und Erweiterungen bestehender Bauten betrafen. Die andere Hälfte wird landwirtschaftlich nutzbares Land beansprucht haben, also etwa 65 Hektaren. Bei einer durchschnittlichen Betriebsgrösse von 7 - 12 Hektaren (299) bedeutet dies immerhin den Verlust der Nutzfläche einiger Betriebe. Dieser Verlust erfolgt allerdings unmerklich, weil er in kleinen Portionen über das ganze Kantonsgebiet verstreut ist. Der Einwand des Kulturlandverlustes und damit der Substanzschmälerung eines bestimmten Landwirtschaftsbetriebs kann aber im Einzelfall durchaus Gewicht haben. Will ein Landwirt zwei oder drei Bauplätze verkaufen, weil er seinen Betrieb rationalisieren muss und die Mittel nur auf diesem Weg beschaffen kann (Art. 24/2/b BauG), wird er sich die Standorte genau überlegen müssen, besonders dann, wenn seine bestnutzbaren Flächen zugleich diejenigen sind, die für eine Ueberbauung die attraktivsten sind. Noch grösser ist der Kulturlandverlust bei der Eröffnung von Materialentnahmestellen, Ablagerungs- oder Campingplätzen. Gerade Kiesausbeutungen sollen oft auf landwirtschaftlich bestnutzbarem Boden eröffnet werden. Zwar werden die Gruben mit der Zeit wieder aufgefüllt, sofern genügend Material erhältlich ist, doch entstehen bei grösseren Ausbeutungen jahrzehntelange Nutzungsunterbrüche für die Landwirt-

296 vorn Ziff. E.1.22

297 Auskunft der Kant. Baudirektion

298 Dies vor allem wegen der niedrigen Ausnützungsziffer von 0,15, welche in Art. 11/2 NBR für nichtlandwirtschaftliche Bauten im übrigen Gemeindegebiet vorgeschrieben ist. Meist wird dieses Land eingezäunt und der Landwirtschaft entzogen.

299 Planungsatlas II S. 21 und Kart 4, ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft S. 130.

schaft. Der Einwand des Kulturlandverlusts ist auch dann zu würdigen, wenn die Bewilligung solcher Anlagen nach Art. 5 BauG erfolgt. Schliesslich kann dieses Argument auch die Ausscheidung von Ferienhauszonen nach Art. 25 BauG beeinflussen.

b) *Immissionen* zwischen überbauten, nicht der Landwirtschaft dienenden Grundstücken und landwirtschaftlichen Grundstücken (300): Mit nichtlandwirtschaftlichen Bauten überstellte Grundstücke erscheinen vielfach als Inseln und Einsprengsel inmitten von Landwirtschaftsgebieten. Sie sind eine dauernde Quelle von Störungen und Belästigungen für die in der Umgebung betriebene Landwirtschaft. Ihre Form, die Beschaffenheit des Geländes, die Einzäunung des zu den Bauten gehörenden Umlandes können die Bewirtschaftung der Nachbargrundstücke erschweren. Beschädigungen und Beschmutzungen von Kulturen durch die Bewohner der landwirtschaftsfremden Bauten oder ihre Haustiere kommen häufig vor. Einige dieser Beeinträchtigungen könnten allenfalls mittels des zivilrechtlichen Immissionsprozesses gestützt auf Art. 679 oder 684 ZGB behoben werden, doch käme er regelmässig zu spät, nämlich erst dann, wenn die nichtlandwirtschaftliche Baute erstellt ist. Die Prüfung der Immissionsprobleme im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, nämlich dann, wenn es um die Erteilung der Baubewilligung geht, erlaubt eine prospektive Beurteilung dieser Gefahren (301). Das Interesse an der Verhinderung solcher Störungen ist ferner nicht nur ein Privatinteresse des einzelnen betroffenen Landwirts, sondern gleichzeitig eines des Gemeinwesens an der Durchsetzung und dem Erfolg der Zonenordnung. Dies erfordert eine über die unmittelbar privatrechtlichen Nachbarverhältnisse hinausgehende Betrachtungsweise für das ganze Gebiet, in das die Baute zu stehen kommen soll. Sie verlangt im weitern auch, künftige, nach allgemeiner Lebenserfahrung zu erwartende Reaktionen der Bewohner nichtlandwirtschaftlicher Bauten auf Immissionen, welche die Landwirtschaft mit sich bringt, zu berücksichtigen. Dazu gehören Lärm von Maschinen, Tieren, Herdengeläute, Gerüche von Silos, Jauche, Düngungen aller Art. Die in Art. 24/3/a enthaltene Pflicht zur Ueberprüfung aller dieser die landwirtschaftliche Bodennutzung beeinflussenden oder von ihr verursachten Immissionen ist somit viel umfassender als der Schutz, den ein zivilrechtlicher Immissionsprozess zu bieten vermag, der zudem nur den dinglich berechtigten Nachbarn offensteht (302). Dieser dürfte vor allem im Sinn eines repressiven Immissionsschutzes eine gewisse Bedeutung behalten, also zum Zuge kommen, wenn ein nichtlandwirtschaftliches Gebäude erstellt und bewohnt ist.

c) Beeinträchtigungen ortsüblicher *Betretungsrechte zum Zwecke der Bewirtschaftung* im Sinn von Art. 695 ZGB und Art. 82 EG zum ZGB: Es sind "Befugnisse des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung ... das nachbarliche Grundstück zu betreten", um "das Streck- oder Tretrecht (303),den Tränkeweg, Winterweg, Brachweg,

300 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft S. 58f.

301 Bäumlin, Immissionsschutz S. 113

302 ebenda S. 111f.

303 das ist das Pflugwenderecht. Nach einer Aeusserung von Prof. Liver sollte es richtigerweise heissen Streck- *und* Tretrecht. Vgl. den Entscheid des bern. Obergerichts, publ. in ZbJV 111 (1975) S. 164

Holzlass, Reistweg" der Statutarrechte, wie sie in Art. 82 EG zum ZGB vorbehalten werden. Die durch einzelne Neubauten entstehenden Nachteile machen sich vielfach erst nach und nach bemerkbar. Zwar können auch diese Rechte mittels Zivilprozessen durchgesetzt werden, doch ist wie beim Immissionsschutz die Bereitschaft eines oder einzelner Landwirte, auf diesem umständlichen und kostspieligen Weg vorzugehen, gering (304).

d) Erschwerungen bei der Durchführung landwirtschaftlicher *Bodenverbesserungsmassnahmen* (Meliorationen): Darunter sind "Massnahmen zur langfristigen Verbesserung einzelner oder verschiedener natürlicher und/oder wirtschaftlicher Standortfaktoren" der Agrarstruktur zu verstehen. Es wird zwischen den Einzelmeliorationen wie Be- oder Entwässerungen, dem Bau von Flurwegen oder Arrondierungen und den Gesamtmeliorationen, die eine optimale Verbesserung aller Standortfaktoren mit dem Kernstück der Güterzusammenlegung bezwecken, unterschieden (305). Nichtlandwirtschaftliche Bauten können insbesondere die Durchführung von Güterzusammenlegungungen erschweren. Sie bleiben Fremdkörper auch im zusammengelegten Gebiet. Während des Zusammenlegungsverfahrens ist die Ueberbauung eines Grundstücks, das innerhalb des Zusammenlegungsperimeters liegt, als tatsächliche Aenderung am alten Besitzstand nur mit Bewilligung des kantonalen Meliorationsamtes gestattet (306).

e) *Zweckentfremdung* von Meliorationsanlagen: Es widerspricht den Zielsetzungen des landwirtschaftlichen Meliorationswesens, wenn - regelmässig mit Subventionen der öffentlichen Hand vorgenommene - Bodenverbesserungsmassnahmen nachträglich für nichtlandwirtschaftliche Zwecke verwendet werden. Dazu gehören (307):

- Die Zweckentfremdung verbesserte Grundstücke durch Ueberbauung oder durch Verwendung zu einer anderen nichtlandwirtschaftlichen Bodennutzung, so als Autopark-, Lager-, Camping- oder Flugplätze oder zum Abbau von Lagerstätten.
- Die Zweckentfremdung von Hochbauten, indem sie mit oder ohne Vornahme baulicher Massnahmen anderen Funktionen zugeführt werden.
- Die Zweckentfremdung von Anlagen wie Leitungen für die Entwässerung, Wasserversorgung, oder Güterwege. Leitungen für Entwässerungen dienen der Kultivierung des Bodens (308). Sie sind schlecht dazu geeignet, häusliche Abwässer aufzunehmen (309).

---

304 Bäumlin, Immissionsschutz S. 109f. und Liver, im Berner Kommentar zum ZGB, N 101 zu Art. 5 ZGB

305 ORL-Richtlinien Blatt 512'541 (1971) S. 2, eingehend ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft S. 132ff. sowie Schweizerisches Güterzusammenlegungsrecht, in Blätter für Agrarrecht, Jahr 1970 Hefte 1 und 2

306 Art. 20 Meliorationsgesetz vom 26.5.1963

307 Das folgende nach Pfenninger, S. 92ff.

308 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landwirtschaft S. 133ff.

309 Zaugg, N 32 Abs. 2 zu Art. 4 BauG. Dem widerspricht allerdings, dass in der Praxis gelegentlich als Uebergangsregelung sogar die häuslichen Abwässer aus dem Baugebiet in diese Flur- oder Drainageleitungen, welche irgendwo in einem Bach münden, eingeleitet werden. Dazu wird jeweils eine Vereinbarung zwischen der Flurgenossenschaft und der Gemeinde abgeschlossen, welche vom kant. Meliorationsamt und vom kant. Wasser- und Energiewirtschaftsamt genehmigt wird.

Güterwege eignen sich von ihrer technischen Anlage und geringen Breite her nicht als Zufahrtsstrassen zu nichtlandwirtschaftlichen Bauten. Solche Bauten vermehren aber auch den allgemeinen Verkehr auf den Güterwegen. Nebst den Bewohnern werden sie von Lieferanten, Besuchern, aber auch von Passanten und Erholungssuchenden benützt. Jede Vermehrung dieses Verkehrs behindert jedoch die Arbeit der Landwirte und führt zu Kulturschäden. Fahrverbote helfen meist wenig. Weniger unerwünscht sind Anschlüsse an Wasserversorgungen, solange deren Kapazität genügt. Sie tragen durch Anschluss- und Benützungsgebühren zur Finanzierung des Werks bei.

Auch wenn die Subventionen zurückbezahlt werden, stellen Zweckentfremdungen die Effizienz der Meliorationen in Frage (310). Deshalb besteht für Grundstücke und Hochbauten, welche mit öffentlichen Mitteln verbessert wurden, ein Zweckentfremdungsverbot, und zwar während 20 Jahren von der Schlusszahlung des Bundes- und des Kantonsbeitrages an gerechnet. Die Landwirtschaftsdirektion kann aus wichtigen Gründen Ausnahmen bewilligen (311). Ihre Praxis zu den wichtigen Gründen richtet sich heute, soweit es um Zweckentfremdungen im übrigen Gemeindegebiet geht, mit den gebotenen Differenzierungen weitgehend nach derjenigen zu Art. 24 BauG (312). Es handelt sich um eine der typischen Koordinationsaufgaben zwischen dem landwirtschaftlichen Meliorationswesen und der Raumplanung, insbesondere auf der Stufe der Ortsplanung (313).

f) Die *Landumlegung:* Es soll verhindert werden, dass Grundstücke welche gut geformte Bewirtschaftungseinheiten bilden, zerstückelt werden, indem Bauplätze abgetrennt, Teilgrundstücke für Kiesausbeutungen oder für Campingplätze freigegeben werden. Die Zerstückelung von Land, das Bestandteil einer Güterzusammenlegung bildete oder das zu einem mit öffentlichen Mitteln erstellten oder verbesserten Hochbau gehört, gilt als Zweckentfremdung (314). Sie ist deshalb nach den Art. 56 und 57 Meliorationsgesetz bewilligungspflichtig. Für Hochbauten ist die Bewilligungspflicht auf 20 Jahre, von der Schlusszahlung des Bundes- und des Kantonsbeitrags an gerechnet, beschränkt. Bewilligungsbehörde ist die Landwirtschaftsdirektion. Die Bewilligung darf nur aus wichtigen Gründen erteilt werden. Auch hier wird die Praxis auf diejenige zu Art. 24 BauG abgestimmt. Die Zerstückelung von Grundstücken, welche nicht dem Meliorationsgesetz unterstellt sind, kann einzig über den Art. 24/3/a BauG verhindert werden. Beim Vorliegen eines wichtigen Grundes für ein Bauvorhaben verbietet allerdings das Verhältnismässigkeitsprinzip vielfach die Ablehnung der Ausnahme einzig deshalb, weil es zu einer unerwünschten Zerstückelung einer Bewirtschaftungseinheit käme, sondern gebietet einzig, den Bauplatz so zu wählen, dass der Schaden für die Bodenbewirtschaftung minimal bleibt.

---

310 Pfenninger S. 101, Blocher S. 33

311 Art. 55 Meliorationsgesetz

312 Zu den wichtigen Gründen, welche eine Zweckentfremdung nach Meliorationsrecht rechtfertigen, Pfenninger S. 103ff.

313 Blätter für Agrarrecht 1970 S. 2f., 13, 24f., ferner Art. 7 Meliorationsgesetz, der diese Koordination vorschreibt.

314 Pfenninger S. 94

3.212 Der bäuerliche Grundbesitz

Auf der Ebene des Bundesrechts besteht eine recht umfangreiche Gesetzgebung, welche das Ziel verfolgt, den bäuerlichen Grundbesitz zu erhalten und zu festigen. Sie stützt sich auf Art. 31 bis/3/b BV. Ihre Massnahmen setzen primär beim Güterverkehr, insbesondere bei den Veräusserungsgeschäften, im bäuerlichen Erbrecht und bei der Verschuldung an. In diesen Problemkreisen hat das Bau- und Planungsrecht vor allem die Funktion einer Verstärkung der bestehenden Spezialgesetzgebung, einer flankierenden Massnahme (315). Dass das landwirtschaftliche Bodenrecht in seiner heutigen Ausgestaltung ungenügend, weil weitgehend wirkungslos ist (316), ist eine Hypothek, die das Planungsrecht allein nicht abzutragen vermag. Sein Hauptbeitrag besteht darin, dass es durch die Trennung des Baugebiets vom übrigen Gebiet und durch Beschränkungen der baulichen Nutzung in letzterem versucht, dem Grundstücksverkehr ausserhalb des Baugebiets die Attraktivität, die er auf Nichtlandwirte ausübt, zu entziehen. Damit soll ein funktionsfähiger Markt für landwirtschaftliche Grundstücke, der sich weitgehend am Ertragswert orientiert, geschaffen werden (317). Neben der Bestimmung des Art. 24/2/d, der das Prinzip des Vorrangs der landwirtschaftlichen Nutzung vor jeder andern und eo ipso des bäuerlichen Grundbesitzes enthält, ist die Tragweite des Art. 24/3/a für den bäuerlichen Grundbesitz gering. Er hat kaum eigenständige Bedeutung. Die blosse Verstärkungsfunktion zum bäuerlichen Bodenrecht wird bei jedem Veräusserungsgeschäft über ein landwirtschaftliches Grundstück oder über einen ganzen Betrieb, in dem ein Nichtlandwirt als Erwerber auftritt, deutlich. Solche Geschäfte zu verhindern, ist Aufgabe verschiedener bodenrechtlicher Institute. Dazu gehören das Vorkaufsrecht auf landwirtschaftliche Gewerbe nach Art. 6ff. EGG und Art. 3ff. des diesbezüglichen bernischen EG vom 23.11.1952, das Einspruchsverfahren gegen Käufe landwirtschaftlicher Liegenschaften nach Art. 18ff. EGG und Art. 8ff. des bernischen EG, die Sperrfrist für die Veräusserung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 218ff. OR. Versagen diese Institute im Einzelfall, was die Regel ist, weil die zuständigen Behörden nicht eingreifen oder von den Verwaltungsgerichten im Stich gelassen werden (318), oder weil der Sachverhalt nicht in den Geltungsbereich eines solchen Instituts fällt, so stehen, was die Erhaltung eines Landwirtschaftsbetriebs oder eines einzelnen Grundstücks in bäuerlichem Eigentum betrifft, die Bau- und Planungsbehörden ebenfalls auf verlorenem Posten. Sie können einen Eigentumsübergang höchstens indirekt verhindern, indem sie die nichtlandwirtschaftliche Nutzung verbieten und damit das Interesse des Nichtlandwirts am Erwerb löschen. Der Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken könnte aber nur über das landwirtschaftliche Bodenrecht direkt und wirksam gesteuert werden (319).

---

315 Blocher S. 31ff.
316 ebenda S. 29ff. sowie die Urteile in Anm. 318
317 ebenda S. 43
318 z.B. BGE 95 I 184, 97 I 548 und 555
319 Blocher S. 42

Nach dieser Bestimmung ist die Verhinderung wesentlicher Störungen der plangemässen baulichen Entwicklung der Gemeinde als öffentliches Interesse zu verwirklichen. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist noch breiter als derjenige des Art. 24/3/a, da es primär um ein raumplanerisches Problem geht, das in keinem anderen Gesetz geregelt ist. Der Gesetzestext nennt nur die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde, doch haben die kantonalen Bewilligungsbehörden auch die Planungen der Regionen und des Kantons zu beachten, wenn konkrete Ergebnisse in geeigneter Form wie Inventarien, Leitbilder, Konzepte oder Richtpläne vorliegen. Einzelne Gesichtspunkte beschlagen ebenso die plangemässe bauliche Entwicklung wie die landwirtschaftliche Bodennutzung, denn die Bedürfnisse der Siedlungsstruktur und der Agrarstruktur decken sich zu einem grossen Teil. Was dieser schadet, kann auch jener zum Nachteil gereichen. Störungen in der plangemässen baulichen Entwicklung können besonders in zweierlei Hinsicht auftreten:

a) Die *Streubauweise*, worunter wir die ungeregelte Durchsetzung des Landes ausserhalb der Siedlungsgebiete mit nichtlandwirtschaftlichen Bauten und Anlagen und die daraus resultierende wahllose Durchmischung des Komplementärraums mit verschiedenen, einander behindernden Bodennutzungen verstehen, ist eine der augenfälligsten und unerfreulichsten Erscheinungen in weiten Gebieten der Schweiz und des Kantons Bern. Die Zersiedelung muss als Grundübel unserer Landschafts- und Siedlungsstruktur bezeichnet werden (320). Ihre Ursache liegt weitgehend in der vom Liberalismus geprägten Eigentumsordnung des 19. Jahrhunderts begründet, welche eine weitgehende Baufreiheit verwirklichte und die geschlossenen Siedlungsformen - wo solche existierten - zum Zerfallen brachte (321). Wir können im Prozess der Entstehung dieser Bauweise verschiedene Stadien unterscheiden. Im ersten Stadium entstehen, von bestehenden Siedlungen eindeutig abgesetzt, einzelne Bauten in der freien Landschaft. Im zweiten Stadium treten zu diesen Einzelbauten weitere Neubauten hinzu. Sie können sich zu geschlossenen Gruppen zusammenfügen oder in mehr oder weniger grossen Abständen beziehungslos in der Landschaft herumstehen. Mit der Zeit geht die "offene" also in eine "schleichende" Streubauweise über, indem das Hinzutreten neuer Bauten nicht mehr sehr augenfällig wird. In diesem Stadium befinden sich heute viele Gebiete des Kantons. Hier ist das Eingreifen des Planers besonders schwierig und undankbar, aber nicht weniger nötig. Anders ist es nicht möglich, über die Nutzungsplanung die Streubauweise einzudämmen und zu verhindern, dass viele Siedlungen zusammenwachsen, dass entlang von Strassen und Leitungen "Strassen" - und "Kanalisationsdörfer" entstehen, dass sich einzelne Häuserreihen weit ins Landwirtschaftsgebiet hineinschieben usw. Solche Ueberlegungen sind nicht nur für die Dimensionierung und die Anordnung der Bauzonen notwendig, sondern auch für die Praxis zu Art. 24 von Bedeutung. Zwar fordern gerade die in Absatz 2 dieser Bestimmung enthaltenen Ausnahmegründe die Erstellung von Streubauten heraus, da sie Einzelfälle regeln sollen. Ueber Absatz 3 lit. b

320 Botsch. RPG S. 22

321 vorn Ziff. I.2.3 und Planungsatlas III S. 51ff.

hat jedoch eine planerische Korrektur zu erfolgen. Das gilt ganz besonders für Streubauten des ersten Stadiums, die schlechthin zu verhindern sind (322). Nur wenige wichtige Gründe vermögen hier zu überwiegen, nämlich diejenigen, die eindeutig standortgebundene nichtlandwirtschaftliche Bauten und Anlagen zum Gegenstand haben. Weitere Gesichtspunkte, besonders die Rolle des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, werden wir in Ziff. J.4.2 erörtern.

b) Die auf dem Dispensweg zu bewilligenden Bauten dürfen der *Richtplanung* nicht widersprechen. Grundlegend für die Beurteilung sind die Landschafts- und die Nutzungsrichtpläne der Planungsträger aller Stufen. Zaugg erwähnt hierzu einige Beispiele: die Erstellung von Wohnblöcken in Erholungsräumen, von Industriebetrieben in künftigen Wohnzonen (323). Neben diesen offenkundigen Widersprüchen sind auch subtilere Zielsetzungen zu berücksichtigen. In künftigen zweigeschossigen Wohnzonen sollen keine dreigeschossigen Wohnhäuser bewilligt werden, in Erholungsgebiete gehören keine Schiessstände, in landschaftlich besonders erhaltenswerte Gebiete keine nichtlandwirtschaftlichen Bauten irgendwelcher Art, selbst wenn ein Landschaftsschutzgebiet im Sinn von Art. 29 BauG nicht ausgeschieden ist. Da die Richtpläne auch die Nutzung für die Planungszeit Z 2 ordnen, sind planerische Aussagen für einen weitgespannten Zeitraum möglich. Soweit Notlösungen bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung Gegenstand von Ausnahmebegehren sind, ist das Element der künftigen baulichen Entwicklung bereits in der Umschreibung des entsprechenden wichtigen Grundes enthalten (324).
Grundsätzlich wird jede nichtlandwirtschaftliche Baute im übrigen Gemeindegebiet die Richtplanung und die Verwirklichung der Zonenordnung erschweren, sofern sie nicht standortgebunden ist oder wenn nicht eine Notlösung bis zum Inkrafttreten des Zonenplans im Spiel ist. Sie wird von Anfang an und auf unbestimmte Zeit zonenwidrig sein. Es ist lediglich eine Frage des Masses, ob diese Zonenwidrigkeit im Einzelfall in Kauf genommen oder verhindert werden muss.

3.23 DIE ERSCHLIESSUNG

3.231 Allgemeines

Die Anforderungen an die Erschliessung der zu bewilligenden nichtlandwirtschaftlichen Bauten werden bestimmt durch die allgemeinen Erschliessungsvorschriften des Baugesetzes und anderer Spezialgesetze, also vor allem durch Art. 4 BauG, Art. 31ff. BauV, das Gewässerschutz- und das Wassernutzungsgesetz. Art. 24/4 BauG enthält ferner eine spezielle Bestimmung, die wir in Ziff. J.7 näher untersuchen werden. Es ist deshalb zu fragen, ob die Erschliessung im Rahmen der Generalklausel der entgegenstehenden öffentlichen Interessen zu prüfen ist, oder ob sie gesondert und direkt gestützt

322 RRB Nr. 1506/1973 E 2.c, dazu hinten Ziff. J.4.2, ähnlich VGE vom 28.1.1974 i.S. Gaechter, E 4

323 N 14 zu Art. 24 BauG

324 vorn Ziff. J.2.254

auf die Erschliessungsvorschriften zu untersuchen ist. Im ersten Fall fällt die Prüfung der für die Ausnahmeentscheide zuständigen Behörde, also der Baudirektion, zu. Mit der Erteilung der Ausnahme muss sie gleichzeitig über die Anforderungen an die Erschliessung entscheiden. Eine Ausnahme ist, auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, zu verweigern, wenn die Erschliessung des Bauvorhabens nicht gelöst werden kann. Im zweiten Fall hat die Baubewilligungsbehörde, in der Regel der Regierungsstatthalter, die Erschliessung zu prüfen. Wenn sie ungenügend ist, muss er trotz erteilter Ausnahmebewilligungen den Bauabschlag erklären. Im Baugesetz und im Baubewilligungsdekret ist eine ausdrückliche Vorschrift zu dieser Frage nicht enthalten. Soweit die Erschliessung Tatbestandselement des wichtigen Grundes ist oder wenn über das Erfordernis eines Erschliessungsplans im Sinn von Art. 24/4/2. Satz zu entscheiden ist, ist die Prüfungspflicht der Baudirektion in diesem Punkt klar (325). Für die Ausweitung auf alle andern Ausnahmefälle spricht die umfassende Anweisung des Gesetzgebers, *alle* öffentlichen Interessen, die Gegenstand der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung sind, beim Fällen der Ausnahmeentscheide zu würdigen. Die Erschliessung der zu bewilligenden nichtlandwirtschaftlichen Bauten ist zweifellos ein öffentliches Interesse. Im weitern ist erwünscht, dass die Erschliessungsgrundsätze für die nichtlandwirtschaftlichen Bauten für das ganze Kantonsgebiet einheitlich sind. Es sind nicht zuletzt Tausende von unzureichend erschlossenen Bauten ausserhalb des Siedlungsgebiets entstanden, weil die dezentralisierten Baubewilligungsbehörden den Erschliessungsvorschriften des BVG zuwenig Nachachtung verschafften (326). Für die Beurteilung durch die Baubewilligungsbehörden spricht, dass die Ausnahmeentscheide nach Art. 24 bloss auf die Teilfrage Antwort geben sollen, ob die Durchbrechung der *Nutzungsvorschriften* des Art. 23 im Einzelfall zulässig ist. Die Frage der Einhaltung der *Erschliessungsvorschriften* ist von der Baubewilligungsinstanz abzuklären, wie sie dies bezüglich der Erschliessung landwirtschaftlicher Bauten und der Bauten im Baugebiet sowie bezüglich der anderen Bauvorschriften, beispielsweise über die Baupolizeilichen Masse, tun muss.

Die Verwaltungspraxis ist nicht ganz einheitlich. In der Regel prüft die Baudirektion im Ausnahmebewilligungsverfahren die Erschliessung. Gelegentlich überlässt sie es der Baubewilligungsbehörde, bestimmte Punkte zur Erschliessung zu entscheiden. Sie berücksichtigt jedoch stets die örtlichen Verhältnisse und die Bedürfnisse des Bauvorhabens.

Nichtlandwirtschaftliche Bauten sollen so erschlossen werden, dass polizeiwidrige Verhältnisse verhindert werden. In vielen Fällen ist dagegen auf eine perfekte Erschliessung zu verzichten, da sie unerwünschte Folgen zeigen könnte: zur Ausnützung der in die Anlagen gesteckten Investitionen würden weitere Ausnahmebegehren oder Einzonungswünsche provoziert, nichtlandwirtschaftlicher Verkehr angelockt oder unnötiger Landverschleiss gefördert. Deshalb sind Massnahmen, die den Charakter von Baulanderschliessungen tragen, zu unterlassen (327). Wir können die Anforderungen an die Erschliessung nichtlandwirtschaftlicher Bauten als *genügende* Er-

325 vorn Ziff. J.2.253 und 254, hinten Ziff. J.7.2

326 vorn Ziff. J.2.241 a.E. und Anm. 268

327 In diesem Sinn auch Art. 29/4 RPG

schliessung bezeichnen. Sie soll bloss dem Einzelobjekt dienen und allenfalls noch die Verhältnisse umliegender, bereits bestehender Bauten verbessern. Sie unterscheidet sich damit von den Anforderungen, die an die Erschliessung von Bauten im Baugebiet gestellt werden. Hier gilt der Grundsatz der *vollen* Erschliessung oder der Erschliessung zur Baureife, die sich nach dem Zustand der vollständigen Ueberbauung des betreffenden Baugebiets richten muss (328). Gleich wie im Baugebit verhält es sich allerdings, wenn im Sinn einer Not- und Uebergangslösung eine Ausnahmebewilligung im Hinblick auf eine künftige Einzonung des Baugrundstücks in eine Bauzone erteilt werden soll.

3.232 Die Erschliessung im einzelnen

Nach Art. 4 Abs. 1 BauG gehören zur Erschliessung des Baugrundes eine hinreichende Zufahrt, die Wasser- und Energieversorgung, die Abwasserableitung und -reinigung und die Entwässerung. Wir werden im folgenden nur die wichtigsten Fragen aufgreifen, die sich im Zusammenhang mit Bauten nach Art. 24 stellen.
Nach Abs. 3 des Art. 4 BauG ist eine öffentliche oder private *Zufahrt* hinreichend, wenn sie bau- und verkehrstechnisch der zu erwartenden Beanspruchung genügt und, soweit sie über fremdes Eigentum führt, rechtlich gesichert ist. Die Bestimmung behält Art. 71 des Strassenbaugesetzes vom 2.2.1964 vor, der von der Ausfahrt in eine öffentliche Strasse handelt. Art. 34 BauV enthält Ausführungsbestimmungen für die Zufahrt im übrigen Gemeindegebiet und lautet:

> [1]Zufahrten zu landwirtschaftlichen Heimwesen haben eine Mindestbreite von 3 m aufzuweisen; ist die Zufahrtsstrecke länger als 100 m oder unübersichtlich, so sind Ausweichstellen zu schaffen oder gleichwertige Vorkehren zu treffen.
>
> [2]Für die Zufahrt zu nichtlandwirtschaftlichen Bauten, zu Lagerungs- und Verarbeitungsbetrieben der Urproduktion, zu gewerblichen Mast- und Zuchtbetrieben u. dgl. gelten sinngemäss die für das Baugebiet aufgestellten Vorschriften.

Somit gelten für Bauten nach Art. 24 BauG die Vorschriften des Art. 33 BauV, der lautet:

---

328 Zaugg N 1,4,5 und 10 zu Art. 4 BauG. Der von ihm verwendete Begriff der hinreichenden Erschliessung lehnt sich an den Begriff der hinreichenden Zufahrt in Abs. 1 des Art. 4 BauG an. Er hat den Vorteil, dass er für Bauten innerhalb und ausserhalb des Baugebiets anwendbar ist. Er bringt jedoch zu wenig klar zum Ausdruck, dass die Erschliessungserfordernisse für Bauten im Baugebiet und für solche im übrigen Gemeindegebiet von verschiednen Ansatzpunkten her betrachtet werden müssen: im Baugebiet sollen sie optimal verwirklicht, im übrigen Gemeindegebiet auf das unumgänglich notwendige beschränkt werden. Nach Art. 14/1/b BauG kann das Baugebiet sogar durch eine blosse Erschliessungsplanung bezeichnet werden.

[1] Im Baugebiet gilt eine Zufahrt nur dann als genügend, wenn sie auf die Baumöglichkeiten abgestimmt ist, welche nach der geltenden Nutzungsordnung in dem über diese Zufahrt zu erschliessenden Gebiet bestehen.

[2] Neue Zufahrtsstrassen sollen eine Mindestbreite von 5 m aufweisen. Für Strecken ohne wesentlichen Lastwagen- oder Carverkehr genügt in der Regel eine Fahrbahnbreite von 4 m, wenn zugleich ein Gehweg in einer Mindestbreite von 1,2 m erstellt wird. Ist eine Zufahrtsstrasse nur zur Erschliessung einzelner Gebäude mit insgesamt nicht über 20 Wohnungen bestimmt, so genügt in der Regel eine Breite von 3 m; ist die Zufahrtsstrecke länger als 100 m oder unübersichtlich, so sind Ausweichstellen zu schaffen oder gleichwertige Vorkehren zu treffen. Die Steigung darf 12 % nicht überschreiten.

[3] In steilem Gelände dürfen einzelne Gebäude mit Stichwegen oder -treppen an die Zufahrtsstrasse angeschlossen werden, sofern die Bedienung dieser Gebäude durch die öffentlichen Dienste nicht unverhältnismässig erschwert und die Brandbekämpfung gewährleistet ist.

Unter der Zufahrt ist die Zufahrtsstrecke zum Baugrundstück zu verstehen. Sie muss so beschaffen sein, dass das Bauobjekt leicht und sicher erreicht werden kann, und zwar auch von Fahrzeugen der öffentlichen Dienste wie Feuerwehr und Sanität. Diese Anforderung gilt sowohl für die öffentliche Strasse wie für die private Verbindungsstrecke von ihr zum Bauobjekt. Gegenstand eines besonderen Bewilligungsverfahrens nach Art. 59 und 80 SBG ist die Ausgestaltung der Ein- und Ausfahrt von der und auf die öffentliche Strasse (329). Ich erachte die Anwendung der Vorschriften des Art. 33 BauV auf die Zufahrten für nichtlandwirtschaftliche Bauten im übrigen Gemeindegebiet als richtig, trotz der vorgebrachten Vorbehalte bezüglich einer perfekten Erschliessung. Denn der Art. 33 enthält in seiner beweglichen Formulierung genügend Spielraum, im Einzelfalls die als genügend zu erachtende Qualität der Zufahrt zu bestimmen. Aber es soll nicht mehr vorkommen, dass Bauten ohne Zufahrtsmöglichkeiten für die gängigen Motorfahrzeuge erstellt werden, es sei denn, es handle sich um kurze Reststrecken von einigen Metern oder um Objekte, die infolge ihrer Standortgebundenheit derart abseits zu liegen kommen, dass die Erstellung einer Zufahrt ausgeschlossen ist (330).

329 Zaugg N 8 und 9 zu Art. 4 BauG

330 Schutzhütten im Hochgebirge, Bergrestaurants etc., Zaugg N 5 zu Art. 4 BauG. Er erwähnt einen im Jahr 1963 entschiedenen Fall. Danach wurde eine Zufahrt zu einem Einfamilienhaus für Autos bis 400 m, für Motorkarren mit einem Fassungsvermögen von 100 kg bis zum Bauobjekt als genügend erachtet (N 13 zu Art. 4 BauG, MbVR 62 (1964) S. 189ff.). Bei näherer Betrachtung der Entscheidsmotive kann man sich fragen, weshalb eigentlich im Flachland, wo fast alle Grundstücke für die öffentlichen Dienste in Notfällen auch ohne ausgebaute Zufahrten ohne weiteres erreichbar sind, strengere Anforderungen gestellt werden als im Berggebiet mit seinen topografisch schwierigen Verhältnissen, wo diese Dienste ohne Zufahrt vielfach überhaupt nicht erbracht werden können ...

In der Verwaltungspraxis ist die Erstellung neuer, längerer Zufahrten im Zusammenhang mit Bauten nach Art. 24 BauG nicht sehr aktuell, da isolierte Streubauten grundsätzlich nicht bewilligt werden. Neubauten abseits des Baugebiets werden soweit möglich in bestehende Häusergruppen integriert und kommen damit in den Einzugsbereich bestehender Strassen zu liegen, welche für zusätzliche Einzelbauten meist genügen. Anders verhält es sich bei Bauten, die im Hinblick auf die künftige Zuweisung des Baugründstücks zum Baugebiet bewilligt werden. In solchen Randbereichen der bestehenden Siedlungen und des Baugebiets sind die Zufahrten oft schlecht ausgebaut. Es kommt deshalb vor, dass entsprechende Ausnahmebewilligungen mit namhaften Auflagen bezüglich der strassenmässigen Erschliessung verbunden werden. Erhöhte Anforderungen sind ferner an Bauten zu stellen, die einen starken Verkehr mit sich bringen, wie Schiessstände, Erholungseinrichtungen und bei der Schaffung von Ferienhauszonen nach Art. 25 BauG.

Die Versorgung mit *Wasser* richtet sich nach den Vorschriften des Wassernutzungsgesetzes. Nach Art. 110/1 WNG besteht für grössere Siedlungen oder Siedlungsgebiete eine gesetzliche Wasserversorgungspflicht der Gemeinden (331). Die Bestimmung behält die Vorschriften über die Landwirtschaftszone vor. Die Terminologie stammt von der Gesetzesrevision vom 6.12.1964. Diese Art der Umschreibung der Versorgungspflicht war damals geboten, weil das BVG keine Verpflichtung zur Ausscheidung des Baugebiets vom übrigen Gemeindegebiet enthielt und daher in den meisten Gemeinden fehlte. Sie ist heute verwirrlich, da sie nicht mit derjenigen des Baugesetzes übereinstimmt. Vernünftigerweise muss die gesetzliche Wasserversorgungspflicht auf das Baugebiet nach Art. 14/1 und Art. 15/3 BauG, wie es die Gemeinde durch die Zonen- oder die Erschliessungsplanung bestimmt, beschränkt sein. Für das übrige Gemeindegebiet besteht sie nicht. Die Gemeinden können allerdings in ihren Wasserversorgungsreglementen eine allgemeine Wasserlieferungspflicht vorsehen, die sich damit auch auf das übrige Gemeindegebiet erstreckt. Eine solche Ausdehnung ist jedoch nicht sinnvoll (332). Sie widerspricht den Zielsetzungen der Erschliessungs- und der Finanzplanung, die die optimale Einsetzung der Mittel im Baugebit bezwecken. Denkbar wäre als Mittellösung eine Ausdehnung der Lieferungspflicht auf Gebiete, die gemäss Art. 23 KGV öffentliche Sanierungsgebiete für die Abwasserbeseitigung darstellen.

Die Massnahmen der *Abwasserbeseitigung* werden durch die Gewässerschutzgesetzgebung bestimmt. Da diese uns noch beschäftigen wird, sei an dieser Stelle auf diesbezügliche Ausführungen verzichtet und auf Ziff. L.2.5 verwiesen.

3.24 LANDSCHAFTSSCHUTZ

Wie für die Erschliessung enthält die Bau- und Planungsgesetzgebung besondere Vorschriften für den Landschaftsschutz, nämlich Art. 5 BauG mit Ausführungsbestimmungen in Art. 4ff. BauV und in den Gemeindebauvorschriften sowie den in Ziff. F.3.45 zitierten Art. 29 BauG, der die Gemeinden zur Bezeichnung von Landschafts-

331 Zaugg N 24 zu Art. 4 BauG
332 ebenda

schutzgebieten ermächtigt (333). Es stellt sich auch hier die Frage, ob die Belange des Landschaftsschutzes im Rahmen der Generalklausel des Art. 24 BauG oder direkt gestützt auf die besonderen Vorschriften zu prüfen sind, was gleichzeitig wiederum die Kompetenzordnung berührt. Nach der Ordnung des Baubewilligungsdekrets ist die Baubewilligungsbehörde für die Prüfung der Belange des Landschaftsschutzes zuständig. Art. 29 BewD enthält jedoch die Anweisung, dass sie dann, wenn gegen ein Bauvorhaben triftige Bedenken bezüglich der Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes bestehen, die Stellungnahme der Baudirektion einzuholen hat, welche entweder einen unverbindlichen Mitbericht abzugeben oder eine verbindliche Verfügung zu treffen hat (334). Diese Bestimmung weist auf das Erfordernis einer einheitlichen, von einer Fachstelle durchzuführenden Beurteilung der Fragen des Landschaftsschutzes. Deshalb ist eine entsprechende Beurteilung durch die Baudirektion im Ausnahmebewilligungsverfahren nach Art. 24 geboten, was denn auch die Verwaltungspraxis der Direktion darstellt. Sachlich belanglos erscheint dabei, ob ein Landschaftsschutzentscheid der Baudirektion als Bestandteil des Entscheides nach Art. 24 BauG oder als Entscheid nach Art. 5 BauG in Verbindung mit Art. 29/3 BewD aufgefasst wird. Die Entscheidungskriterien sind in beiden Fällen die gleichen: Ausnahmeentscheide nach Art. 24 dürfen sich nur in dem von den besonderen Vorschriften gesteckten Rahmen von Erwägungen des Landschaftsschutzes leiten lassen. Sie dürfen nicht restriktiver sein, als es ein Landschaftsschutzentscheid nach Art. 5 BauG sein könnte, oder anders ausgedrückt: liegt ein wichtiger Grund für ein Bauvorhaben vor, so darf die Ausnahme aus Gründen des Landschaftsschutzes nur dann verweigert werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 5 BauG und Art. 4ff. BauV sowie allfälliger Gemeindebauvorschriften erfüllt sind. Ausgangspunkt ist Art. 5 Abs. 1 BauG, der lautet:

> Bauten, Anlagen, Reklamen und Anschriften dürfen Landschafts-, Orts- und Strassenbilder nicht verunstalten und erheblich beeinträchtigen.

Das Baugesetz will nicht nur Landschafts- und Ortsbilder von besonderer Schönheit und Eigenart schützen, sondern die Landschaft schlechthin, sofern sie als erhaltsnwert gelten kann (335). Unter einem *Landschaftsbild* wird ein bestimmter, zusammenhängender, einen einheitlichen Anblick bietenden Teil einer Landschaft verstanden. Massgebend ist der visuelle Gesamteindruck eines Landschaftsbereichs. Das *Ortsbild* ist ein besonderes Landschaftsbild, das hauptsächlich von Siedlungsbauten geprägt wird, wobei die Einfügung der Bauten in die freie Landschaft die Schutz- oder Erhaltenswürdigkeit des Ortsbildes massgeblich beeinflussen kann (336). Die bernische Baugesetzgebung kennt zwei Arten des Landschaftsschutzes:

---

333 Ueber die Berührungspunkte mit andern Vorschriften, die sich neben dem BauG mit dem Landschaftsschutz befassen vgl. Zaugg, N 5 zu Art. 5 BauG

334 Art. 29/1/a und 3 BewD. Als ständige Fachkommission für diese Fragen steht der Baudirektion die Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) zur Verfügung (Art. 19/1 des Dekrets über die Organisation der Baudirektion vom 14.9.1967).

335 Zaugg N 3 zu Art. 5 BauG

336 ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landschaftsschutz S. 8, Beispiele bei Zaugg, N 7 zu Art. 5 BauG.

Der *allgemeine* Landschaftsschutz ist für Landschaften bestimmt, die eine gewisse, sich jedoch durch keinen besonderen Wert auszeichnende Schutzwürdigkeit besitzen. Nach Art. 5 BauV kann hier einer vorgesehenen störenden Baugestaltung die Bewilligung versagt werden. Natürlich sind Baubewilligungen mit Auflagen und Bedingungen zur Verhinderung der Verunstaltung möglich und gehen, als weniger einschneidende Massnahmen, dem Bauabschlag vor, wenn die Beeinträchtigung auf diesem Weg ebenso gut vermieden werden kann (337).
Für besonders schützenswerte Einzelobjekte und Landschaftsbilder gilt der *verstärkte* Landschaftsschutz. Art. 6 BauV rechnet hierzu:

- Landschaften, Orts- und Strassenbilder mit besonderem Schönheitswert oder wissenschaftlicher Bedeutung,
- historisch oder kulturgeschichtlich wertvolle Bauten und Stätten,
- Naturdenkmäler,
- schöne Baumbestände und Alleen,
- bedeutende öffentliche Aussichtspunkte,
- alle weiteren in die nachgenannten Inventare (Art 7) aufgenommenen Objekte.

Art. 7 BauV sieht die Errichtung eines kantonalen sowie kommunaler Hinweisinventare vor. Art. 8 BauV handelt von den Schutzmassnahmen und lautet:

> [1]Die Gemeinden sollen zur ungeschmälerten Erhaltung schützenswerter Objekte die erforderlichen Bauvorschriften erlassen, insbesondere Schutzgebiete mit Baubeschränkungen oder Bauverboten festlegen (Art. 29 BauG).
>
> [2]Würde die Ausführung von Bauvorhaben besonders geschützte Objekte (Art. 6 und 7) beeinträchtigen, so sind im Baubewilligungsverfahren, auch wenn besondere Schutzbestimmungen im Sinne von Absatz 1 fehlen, die zur Abwehr der Gefährdung erforderlichen Bedingungen und Auflagen festzusetzen; soweit nötig sind Baubeschränkungen zu verfügen oder der Bauabschlag zu erklären. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die materielle Enteignung.

Aus diesen Bestimmungen folgt, dass auch dann, wenn besondere Schutzvorschriften gemäss Art. 8/1 BauV fehlen, insbesondere wenn keine Schutzgebiete gem. Art. 29 BauG ausgeschieden werden, im Baubewilligungsverfahren die erforderlichen Schutzvorkehren zu treffen sind, welche bis zum Bauabschlag führen können (338).
Wann liegt eine Verunstaltung des Landschaftsbildes vor ? Ich muss mich im Rahmen dieser Arbeit mit der Wiedergabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begnügen. Danach stellt die Verunstaltung eine "erheblich ungünstige Wirkung" eines Bauvorhabens auf das Landschaftsbild oder auf geschützte Einzelobjekte dar. Sie entsteht durch die Schaffung eines Gegensatzes zum Bestehenden, der störend

337 Zaugg N 6 zu Art. 5 BauG

338 Zaugg N 7 S. 80 zu Art. 5 BauG. Nach Art. 7/4 BauV ist die Aufnahme solcher Objekte in ein Hinweisinventar keine Voraussetzung für Schutzmassnahmen.

wirkt. Massgebend soll dabei die Anschauung des Durchschnittsbetrachters sein (339). Bereits bestehende Verunstaltungen hindern Schutzmassnahmen nicht, solange eine Landschaft nicht vollständig verschandelt ist (340).
Nichtlandwirtschaftliche Bauten im übrigen Gemeindegebiet können das Landschaftsbild vor allem in zweierlei Hinsicht stören:
Sie können Landschaften beeinträchtigen, die in ihrer Ursprünglichkeit, Eigenart und Schönheit unversehrt sind. Solche sind vollständig oder weitgehend frei von nichtlandwirtschaftlichen Bauten und Anlagen und höchstens von kleineren oder grösseren, mit der Landschaft verschmolzenen Landwirtschaftsbauten durchsetzt. Ob solche Landschaften den Grad der Schutzwürdigkeit im Sinn von Art. 6 BauV erreichen, ist nach geeigneten Grundlagen zu entscheiden. Dazu gehören die erwähnten Hinweisinventare, kommunale und regionale Landschaftsrichtpläne sowie der kantonale Landschaftsrichtplan, der zur Zeit vom kantonalen Planungsamt erarbeitet wird. Schliesslich kann die Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder beigezogen werden. Da heute solche Gebiete nicht mehr allzuhäufig vorkommen, insbesondere in den dicht besiedelten Gebieten des Mittellandes nicht, muss die Intaktheit einer Landschaft, das Fehlen von "Landschaftsschäden" (341) bereits als massgebendes Kriterium zur Anerkennung der besonderen Schutzwürdigkeit gelten (342). Regelmässig dürfte die Einpflanzung einzelner nichtlandwirtschaftlicher Bauten und Anlagen in solche Gebiete auch gegen die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde verstossen, da typische Streubauten entstünden.
Eine ortsfremde Bauweise kann Ortsbilder beeinträchtigen. Hier ist an die Bemerkungen in Ziff. I.4 zu erinnern, in der die moderne Landwirtschaftsarchitektur kritisiert wurde. Wenig oder keinen Sinn für die Belange des Landschafts- und Ortsbildschutzes zeigen auch viele Bauprojekte nach Art. 24, vor allem solche für Angehörige nach Art. 24/2/c und Aenderungsprojekte für bestehende Bauten. Gerade solche Bauvorhaben kommen oft in oder neben baulich einheitliche, architektonisch und kulturell wertvolle und harmonisch in die Landschaft eingefügte Häusergruppen und Weiler oder neben markante Einzelobjekte zu stehen. Die befriedigende Einfügung und Anpassung an das Bestehende ist architektonisch ein heikles, aber interessantes und lösbares Problem. Das lieblose Hinstellen eines konfektionierten Normhauses genügt natürlich nicht. Der regelmässig zu hörende Einwand, ein anderes Projekt wäre zu teuer, ist meist unbegründet und kann überdies nicht massgebend sein. In Rechnung zu stellen ist nämlich, dass der Bauherr das Bauland billig oder umsonst erhält und ferner, dass mit relativ kleinem Aufwand oft schon erhebliche Verbesserungen erzielt werden können. Wo eine befriedigende Lösung durch Aenderungen am vorgelegten Projekt nicht zu erreichen ist, bleibt allerdings nichts anderes als die Verweigerung der Ausnahme aus Gründen des Ortsbildschutzes

---

339 Nachweise bei Zaugg, N 8 zu Art. 5 BauG
340 BGE 98 I a 481, Zaugg N 9 Abs. 2 zu Art. 5 BauG
341 Als solche gelten offen gelassene Materialentnahmstellen, Abfallgruben, Ablagerungsplätze, Industriebauten und andere Streubauten in ortsfremder, sich nicht der Landschaft anpassenden Bauweise. ORL-Leitbilder, Teilleitbild Landschaftsschutz S. 36f., BGE 96 I 241
342 In diesem Sinn BGE 98 Ia 438f. betr. den Schutz des Lavaux am Genfersee.

3.25 DER SCHUTZ VON ERHOLUNGSGEBIETEN, INSBESONDERE DES SKIGELAENDES

Mangels anderer gesetzlicher Grundlagen wird heute die Sicherung von Erholungsgebieten, insbesondere in stadtnahen Gebieten und als grössere zusammenhängende Flächen noch weitgehend über die gesetzlichen Grundlagen für den Landschaftschutz betrieben (343). Zwischen beiden bestehen allerdings sehr enge Beziehungen, weshalb eine solche "indirekte" Sicherung von Erholungsgebieten durchaus gerechtfertigt erscheint (344). Wir sahen, dass die Erholung aber auch eine im übrigen Gemeindegebiet zulässige, die Land- und Forstwirtschaft überlagernde Nutzung darstellt (345). Bauten, die weder der Landwirtschaft noch der Erholung dienen, können deshalb auch die Funktion des übrigen Gemeindegebiets als Erholungsraum beeinträchtigen. Zu denken ist beispielsweise an Konflikte bei der Errichtung von Bauten im Bereich von Skigelände. Zu deren Sicherung sind zwar vor allem die Instrumente der Frei- oder der Grünfläche nach Art. 27 und 28 BauG zu wählen. So wäre es unzulässig, in Zonenplänen zwischen den Bauzonen Landstreifen als Skizufahren zu Talstationen von Skiliften und anderen Transportanlagen als übriges Gemeindegebiet auszuweisen, etwa in der Hoffnung, allfälligen Entschädigungsansprüchen aus materieller Enteignung zu entgehen. In höher gelegenen Gebieten ausserhalb des Bereichs der Bauzonen wird jedoch häufig auf die Ausscheidung von Frei- oder Grünflächen verzichtet und die Offenhaltung des Skigeländes sowie die Entschädigungen an die Grundeigentümer mit privatrechtlichen Vereinbarungen geregelt. Nichtlandwirtschaftliche Bauten haben im Skigelände, insbesondere auf den Verlauf der eigentlichen Skipisten Rücksicht zu nehmen. Das wird sich meist mit der Wahl eines geeigneten Standortes bewerkstelligen lassen, doch ist nicht auszuschliessen, dass ein solcher einmal nicht zur Verfügung steht. Eine erhebliche Erschwerung zur Ausübung des Skisportes auf einem für das betreffende Fremdenverkehrsgebiet wichtigen Skiglände vermöchte in einem solchen Fall durchaus zur Ablehnung des Bauvorhabens zu führen.

3.26 ANDERE OEFFENTLICHE INTERESSEN

Im Rahmen der Generalklausel des Art. 24 können noch weitere öffentliche Interessen von Bedeutung sein. Sie sind zwar meist durch Spezialgesetze schon eingehend geregelt. Der Ausnahmeentscheid nach Art. 24 soll jedoch eine koordinierende Funktion übernehmen und erhebliche Einwände, die aus diesen Spezialgesetzgebungen fliessen, berücksichtigen. Es soll keine Ausnahme bewilligt werden, die die Behauptung enthält, dem Bauvorhaben ständen keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegen, wenn gleichzeitig eine besondere Bewilligung aus einem bestimmten, meist polizeilichen Grund nicht erteilt werden kann. In der Verwaltungspraxis wird dem Ausnahmeentscheid nach Art. 24 BauG denn auch eine solche Koordinationsfunktion zuerkannt (346). Im wesentlichen handelt es sich um folgende Interessen:

---

343 Typische Beispiele stellen die Fälle BGE 96 I 241 E.4 (Schutz des Bachsertals ZH), 98 Ia 436 E.5 und 480 E.4 (Schutzgebiete im Lavaux VD) dar.

344 vorn Ziff. F.4.42

345 ebenda a.E.

346 vgl. auch hinten Ziff. J.8.3

Einem Bauvorhaben können *forstpolizeiliche* Gründe entgegenstehen. Bauten im Wald und solche, welche den gesetzlich festgelegten Waldabstand von 30 m unterschreiten, bedürfen einer forstpolizeilichen Ausnahmebewilligung (347). Strenge Vorschriften bestehen ferner für Rodungen, welche insbesondere bei der Eröffnung von Materialentnahmestellen ausschlaggebend für deren Zulässigkeit sein können (348).
Zu beachten sind, auch wenn keine Gefahrenzonen nach Art. 30 BauG ausgeschieden sind, die *Gefahrengebiete* im Sinn von Art. 3 BauG (349). Erwähnt seien an dieser Stelle die Gefahren, welche von den Gewässern ausgehen. Sie sind Gegenstand des Art. 7 BauG sowie der *Wasserbaupolizei*. Bauten an öffentlichen oder der öffentlichen Aufsicht unterstellten Gewässern sind durch die Festlegung hinreichender wasserbaupolizeilicher Abstände zu schützen (350). Weitere Aufgaben der Wasserbaupolizei, die mit Bauten nach Art. 24 kollidieren können, sind die Sicherstellung der Uferüberwachung durch Reckwege an schiffbaren Flüssen (351). Soweit darüberhinaus das öffentliche Interesse am freien Zugang zu den Fluss- und Seeufern betroffen wird und geschützt werden soll, ist nicht die Gesetzgebung über die Wasserbaupolizei, sondern diejenige über den Landschaftsschutz und die Sicherung von Erholungsgebieten massgebend. Ein Uferabstand von 30 m kann nicht wasserbaupolizeilich begründet werden, wenn zur Sicherung von Wassergefahren oder zur Offenhaltung des Reckwegs 10 m genügen, sondern nur mit Gründen des Natur-, Landschafts- oder Erholungsschutzes.

Zu beachten sind die Belange des *Strassenbaus* und der *Verkehrssicherheit*. Ausser zur Art und Beschaffenheit der Zufahrt bestehen Vorschriften über die Ausgestaltung der Anschlüsse an die öffentliche Strasse und über Benützungsbeschränkungen (352).
Das Verhältnis zwischen Art. 24 und den Massnahmen des *Gewässerschutzes* wird in Ziff. L erörtert.

3.3 Topoi, welche durch Art. 24 nicht erfasste öffentliche Interessen darstellen

Ein erster Gesichtspunkt hängt eng mit dem Erlass von Zonen- bzw. Erschliessungsplänen und mit der Ausscheidung der einzelnen Bauzonen, Frei- und Grünflächen und Schutzgebieten zusammen. Es wird nämlich gelegentlich versucht, das Instrument des übrigen Gemeindegebiets da einzusetzen, wo ein *spezielleres Planungsinstrument* vorgeht. Bereits erwähnt wurde in Ziff. 3.25 das Beispiel, Skigelände im Bereich des Baugebiets durch Streifen, die im übrigen Gemeindegebiet belassen werden, zu sichern. Eine ähnliche Erscheinung ist die Bezeichnung der Fläche zwischen Bauzonen und Waldrändern als übriges Gemeindegebiet im Rahmen des gesetzlichen Waldabstands von 30 m für Bauten und Anlagen. Dies ist etwa in den Zonenplänen von

---

347 Art. 28 und 29 FPolV, Art. 14 und 15 ForstG
348 Art. 31 FPolG, Art. 25ff. FPolV, Art. 17f. ForstG
349 Für Einzelheiten sei auf den Kommentar Zaugg verwiesen.
350 Art. 7 BauG, Gesetz über den Unterhalt und die Korrektion der Gewässer vom 3.4.1857 (!)
351 hierzu Zaugg, N 1 zu Art. 7 BauG
352 Art. 71 bzw. 53 SBG. Für Einzelheiten vgl. Zaugg, N 15 - 22 zu Art. 4 BauG.

Prêles vom 4.2.1965 und von Laupen vom 27.3.1962 festzustellen (353). Solche Ausscheidungen werden zwar mit dem übrigen Inhalt des Zonenplans rechtskräftig. Erweist sich aber in einem Baubewilligungsverfahren, dass für ein Bauvorhaben in einer solchen Fläche eine forstpolizeiliche Bewilligung zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstands nicht notwendig oder zulässig ist, so kann eine Ausnahme nach Art. 24 nicht mit Interessen des Landschaftsschutzes verweigert werden. Soll der Schutz von Waldrändern vor Ueberbauung im Bereich des Baugebiets nebst der forstrechtlichen Sicherungen durch eine raumplanerische Massnahme verstärkt werden, so hat dies in der Form von Grünflächen nach Art. 28 BauG oder von Landschaftsschutzgebieten nach Art. 29 BauG zu geschehen, wie es beispielsweise im Zonenplan der Gemeinde Thun vom 15.3.1963 der Fall ist.

In diesem Zusammenhang kann die Frage auftauchen, ob es zulässig ist, dass eine Gemeinde im übrigen Gemeindegebiet gelegene Grundstücke zu günstigen Preisen als Landreserven erwirbt und sie dann, wenn sie sie zur Ueberbauung, wie zu Zwecken des sozialen Wohnungsbaus oder für die Errichtung öffentlicher Werke und Anlagen benötigt, entsprechend umzont. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, da ja auch Private solches Land als Bauerwartungsland erwerben und nicht selten Gemeinden zu Umzonungen zwingen (354). Immerhin sind Fälle nicht auszuschliessen, in denen Gemeinden ihre Doppelstellung als Käuferin am Grundstücksmarkt und als Gemeinwesen, das über den Erlass des Zonenplans entscheidet, in rechtsmissbräuchlicher Art ausnützen. Kommt eine Gemeindebehörde erst dann zum Schluss, dass sie ein bestimmtes Grundstück für öffentliche Zwecke benötigt, wenn darauf von privater Seite ein Baugesuch eingereicht wird, so wird sie gemäss Art. 56 BauG Einsprache wegen ungenügender Bauvorschriften erheben und die Ausscheidung einer Freifläche innert der in dieser Bestimmung gesetzten Frist vornehmen müssen, da sie nicht zum voraus weiss, ob ihr diesbezüglicher Einwand von den Instanzen, die über die Ausnahme nach Art. 24 entscheiden, berücksichtigt werden kann.

Ungeeignet ist das Instrument des übrigen Gemeindegebiets zur *Sicherung von Freihalteräumen* für die Neuanlage und Aenderung von *Staats- und Gemeindestrassen*. Hierzu besteht das Instrument des generellen Strassenplans mit Freihaltestreifen gem. Art. 32/4 SBG mit einer Sperrwirkung von fünf Jahren. Solange ein Strassenbauprojekt noch nicht soweit gediehen ist, dass der Erlass eines solchen Plans möglich ist, dürften allfällige Projektstudien und ähnliche Beurteilungsgrundlagen zu wenig Gewicht haben, um ein Bauvorhaben nach Art. 24, das allenfalls einer späteren Strassenanlage hinderlich sein könnte, zu verhindern.

Als eine Art öffentlichen Interesses kann auch die von Gemeindebehörden und Planern etwa anzutreffenden Auffassung angesehen werden, Ausnahmebewilligungen nach Art 24 seien aus Konsequenzgründen generell abzulehnen, um die Bau- und Planungsvorschriften nicht zu

---

353 Die Flächen sind entsprechend der Terminologie des BVG als Landwirtschaftszonen bezeichnet, wodurch noch klarer zum Ausdruck kommt, dass das Instrument fehl am Platz ist.

354 BGE 93 I 154, über die Folgen dieses Entscheids vgl. "Göhnerswil", Wohnungsbau im Kapitalismus, Autorenkolletkiv an der Architekturabteilung der ETH Zürich, Zürich 1972 S. 63ff., S. 74ff. betr. die wirtschaftliche Lage der betroffenen Gemeinde Volketswil/ZH

durchlöchern (355). Die konsequente Durchsetzung der Nutzungsvorschriften für das übrige Gemeindegebiet ist sicher ein anzuerkennendes Bemühen, muss aber an der gesetzlichen Ordnung selbst scheitern. Denn einmal sind eine ganze Reihe standortgebundender, der Nutzungsordnung nicht widersprechender Bauten und Anlagen nur mittels einer Ausnahme nach Art. 24 realisierbar (356), und zweitens sind einzelne Durchbrechungen durch einige wichtige Gründe, insbesondere diejenige in Abs. 2 lit. b - d, im Gesetz selber angeordnet, zum Teil jetzt allerdings durch die Gewässerschutzgesetzgebung hinfällig geworden.

3.4 Topoi, welche keine öffentlichen Interessen darstellen

Solche Gesichtspunkte sind aus rechtstheoretischer Sicht denkbar. Sie sind aber bis heute in der Verwaltungspraxis zu Art. 24 kaum aktuell geworden. Sie müssten von irgendeiner Seite als öffentliche Interessen aufgegriffen werden, jedoch nicht als solche qualifiziert werden können. Die fehlende Aktualität solcher Topoi im Gegensatz zu denjenigen, welche keine wichtigen Gründe darstellen, ist durch den "negativen" Charakter dieser Ausnahmevoraussetzung (357) zu erklären. Keiner Verwaltungsbehörde liegt daran, alle möglichen Vorbringen für die Verweigerung einer Ausnahme geltend zu machen. Sie beschränken sich darauf, die wesentlichen Gründe, welche gegen ein Bauvorhaben sprechen, zu verfechten. Die Art des Nachweises der im Spiel stehenden öffentlichen Interessen unterscheidet sich dadurch erheblich von den Fällen, in denen ein öffentliches Interesse als "positive" Voraussetzung für ein staatliches Handeln verlang wird, beispielsweise bei der Zulässigkeit der formellen Enteignung (358) oder beim Erlass von Sonderbauvorschriften, die gemäss Art. 39/1 BauG "der besseren Wahrung der öffentlichen Interessen ... dienen" sollen (359).
Als Gesichtspunkt, der als blosse Privatangelegenheit des bauwilligen Angehörigen und nicht als öffentliches Interesse gelten könnte, liesse sich etwa der Einwand konstruieren, das auf dem Betrieb eines Landwirts zu errichtende Haus läge zu abseitig und würde den Kindern des Bauherrn deshalb ungenügende Ausbildungschancen bieten.
Gelegentlich werden *wirtschaftspolitische Interessen* geltend gemacht, die jedoch im Rahmen der Generalklausel des Art. 24 nicht berücksichtigt werden dürfen. Hierher gehören Fälle, in denen Erholungs- oder Fremdenverkehrseinrichtungen aus Konkurrenzschutzgründen gegenüber bestehenden Betrieben oder in denen Bauvorhaben auswärtiger Bauunternehmer zum Schutz des einheimischen Baugewerbes abgelehnt werden sollen. Eine derart motivierte Gesuchsabweisung verstiess gegen die Handels- und Gewerbefreiheit des Art. 31 BV (360). Vorbehalten bleibt aber wie gesehen der Nachweis, dass eine Erholungseinrichtung aus planerischen Gründen unerwünscht und überflüssig ist (361).

---

355 Zaugg N 11 zu Art. 46 BauG
356 vorn Ziff. J.2.21 und 2.251
357 Suter S. 85
358 Art. 3 Abs. 2 und Art. 5 des bernischen Gesetzes über die Enteignung vom 3.10.1965
359 hierzu Suter S. 95ff.
360 Zimmerlin N 12 Syst. Teil zur BO Aarau
361 vorn Ziff. J.2.251

Nicht hierher gehören Vorbringen, die einen der in Ziff. 3.21 - 26 beschriebenen Gesichtspunkte betreffen, aber aus Gründen des Masses, d.h. wegen ihrer Geringfügigkeit gegenüber dem wichtigen Grund und dem Interesse an der Bewilligung des Bauprojekts nicht durchzuschlagen vermögen.

4. DIE GEGENUEBERSTELLUNG DES WICHTIGEN GRUNDES UND DER OEFFENTLICHEN INTERESSEN

4.1 Grundsätzliches

Der dritte Schritt in der Konkretisierung des Art. 24 besteht in der Gegenüberstellung der Gesichtspunkte, welche wichtige Gründe, mit denjenigen, welche zu schützende oder zu verwirklichende öffentliche Interessen darstellen. Er ist fast ausschliesslich fallbezogen. Deshalb lässt er sich viel weniger von den zu beurteilenden Sachverhalten lösen als die beiden vorangehenden Schritte. Es geht hier darum, die Bedeutung der jeweils im Spiel stehenden Topoi zu gewichten, das Interesse an der Erstellung der nichtlandwirtschaftlichen Baute und dasjenige an ihrer Verhinderung gegeneinander abzuwägen. Diese Fragen des Masses haben wir in den beiden vorangegangenen Schritten dann berührt, wenn ein Gesichtspunkt im Hinblick auf die Konsequenzen auf die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet im Falle seiner Anerkennung als wichtiger Grund gewürdigt wurde.
Im dritten Schritt wird gleichzeitig über die Rechtsfolge entschieden, welche im Einzelfall zuzumessen ist (362). Die Diskussion über die Abwägung der Topoi lässt sich in vielen Fällen ohne Berücksichtigung der verschiedenen möglichen Rechtsfolgen nicht sachgerecht führen. Liegt beispielsweise das Begehren von zwei verheirateten Kindern eines Landwirts vor, gestützt auf Art. 24/2/c BauG zwei Einfamilienhäuser zu erstellen, steht aber aus Gründen des Landschaftsschutzes, der Verhinderung der Streubauweise und der Erschliessung kein geeigneter Bauplatz zur Verfügung, so ist zu erwägen, ob beide Projekte vorbehaltlos abzuweisen sind, ob allenfalls ein Haus bewilligt werden kann oder ob die Abweisung mit der Zusicherung verbunden werden kann, dass ein sich gut in die Landschaft und in die Hofgruppe einfügendes Zweifamilienhaus bewilligt werden könnte. Die verschiedenen Interessen werden mit Hilfe geeigneter Rechtsfolgen in optimalen Einklang zu bringen versucht.
Diese Methode, Ausnahmesachverhalte zu beurteilen, lässt sich mit der Methode, welche zwichen unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessen unterscheidet und die Begriffe "wichtiger Grund" und "entgegenstehende öffentliche Interessen" zu unbestimmten Gesetzesbegriffen erklärt (363), nicht fassen. Nach ihr müsste eine Interessenabwägung bereits bei der Auslegung der Begriffe erfolgen. Die Richtung der Ermessensbetätigung wäre mit dem Abschluss der Auslegung bereits bestimmt. Wie soll aber eine über den Einzelfall hinaus gültige Auslegung der beiden wahrlich sehr unbestimmten Gesetzesbegriffe zustandekommen, wenn bei jedem Auslegungsversuch die fall-

362 Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 221 Bem. III S. 75f.
363 vorn Ziff. 3.1.5

bezogene Interessenabwägung einbezogen wird? Diese Methode vermag für die Konkretisierung von Ausnahmebestimmungen wenig herzugeben, denn "Rechtsfrage und Ermessensfrage sind ineinander verschlungen". (364).

Die Gegenüberstellung der Gesichtspunkte zu den wichtigen Gründen und zu den öffentlichen Interessen im konkreten Fall ist dann von entscheidender Bedeutung, wenn Gesichtspunkte beider Arten gegeben sind. Fehlt es an einem wichtigen Grund, so ist eine Konfrontation nicht nötig. Die Erteilung einer Ausnahme ist nicht zulässig, unabhängig davon, ob öffentliche Interessen verletzt würden oder nicht. Ebenso fehlt es an einer Konfrontation, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine öffentlichen Interessen verletzt werden. In diesen Fällen ist die Ausnahme zu erteilen.

Es ist schwierig, allgemeingültige Kriterien für die Interessenabwägung anzugeben, die im Einzelfall eine rational nachvollziehbare Abwägung erlauben. Da wir die *wichtigen Gründe* tatbestandsmässig umschrieben haben, besteht hier nur wenig Spielraum, insofern sie nicht das Element der persönlichen Verhältnisse enthalten, wie beim Ausbau bestehender Wohnhäuser oder bei Härtefällen im eigentlichen Sinn (365). Immerhin ist daran zu erinnern, dass es sich nur zum Teil um gesetzlich umschriebene Tatbestände handelt, sondern dass die Konkretisierung einer gesetzlichen Generalklausel wiedergegeben wurde. Diese bleibt grundsätzlich offen und unabgeschlossen. Die Generalklausel, auch wenn sie einmal weitgehend konkretisiert ist, gebietet, dass dann, wenn öffentliche Interessen der Realisierung der Bauvorhaben entgegenstehen, auch diejenigen Gesichtspunkte in die Interessenabwägung einbezogen werden, die für sich allein keinen wichtigen Grund abzugeben vermöchten. Dazu können folgende Gesichtspunkte gehören:

- Der Grad der Dringlichkeit und des Bedürfnisses des Bauherrn an der Realisierung des Bauvorhabens, die weitgehend durch die persönlichen Verhältnisse bestimmt werden. Es besteht ein grösseres Interesse am Bau, wenn die aktuellen Wohn- oder Betriebsverhältnisse ungenügend sind, als wenn es dem Bauherrn bloss um einen Wohnungswechsel geht. Als gegensätzliche Beispiele aus der Verwaltungspraxis seien der Gewerbler, der in einem wirtschaftlichen Randgebiet in gemieteten, unzweckmässigen Räumen ein der umliegenden Bevölkerung dienendes Gewerbe betreibt, und der Bankbeamte, der in einer Agglomerationsgemeinde ein Einfamilienhaus am Waldrand bauen möchte, angeführt.
- Das Vorhandensein oder das Fehlen von Alternativen, beispielsweise von Baumöglichkeiten in einem Baugebiet.
- Das Grad des Interesses des Gemeinwesens neben demjenigen des privaten Bauherrn, etwa aus wirtschaftlicher, fiskal- oder sozialpolitischer Sicht.

Die gleichen Ueberlegungen gelten für die Gesichtspunkte zu den *öffentlichen Interessen*. Hier sind, wie gesehen, tatbestandsmässige Umschreibungen einzelner Interessen weitgehend ausgeschlossen oder führen zu neuen Generalklauseln wie der "Störung der plangemässen baulichen Entwicklung der Gemeinde". Nicht immer wird ein einzelnes Interesse so schwerwiegend betroffen, dass es für sich allein die

364 Imboden a.a.O. S. 75

365 vorn Ziff. I.2.253 und 255

die Ablehnung des Bauvorhabens erfordert. In der Regel werden verschiedene Interessen *kumulativ* verletzt. Ein Streubau wird nicht nur die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde, sondern auch Interessen der landwirtschaftlichen Bodennutzung, des Landschaftsschutzes und der Erschliessung beeinträchtigen (366). Der vom Gesetz geforderte Grad der "wesentlichen" Beeinträchtigung ist meist nur in solchen Kumulationen zu finden.

4.2 Das Verhältnismässigkeitsprinzip

Eines der wichtigsten Mittel zur Lösung der Konflikte der sich widerstreitenden Interessen ist der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verhältnismässigkeit (367). Er ist vorwiegend Korrekturmittel zur Verminderung von Beeinträchtigungen öffentlicher Interessen auf ein vertretbares Mass, gelegentlich sogar zur vollständigen Beseitigung solcher Störungen. Er gebietet, ein Bauvorhaben beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nur dann abzulehnen, wenn mit Auflagen, Bedingungen oder anderen Nebenbestimmungen zur Ausnahmebewilligung oder mit einer Teilbewilligung der Verletzung öffentliche Interessen nicht vermieden oder genügend herabgesetzt werden kann. Es seien hierzu einige Beispiele angeführt:

- Durch Standortverschiebungen, das bedeutet die Bewilligung des Bauvorhabens an einem andern als in der Baugesuchseingabe bezeichneten Standort können folgende öffentliche Interessen besser berücksichtigt werden:
  - Konflikte mit der landwirtschaftlichen Bodenbewirtschaftung können vermindert oder ausgeschaltet werden.
  - Es lassen sich Streubauten des ersten Stadiums vermeiden, indem Neubauten in eine bestehende Häusergruppe eingegliedert werden.
  - Es kann für eine bessere Erschliessung gesorgt werden.
  - Landschaftsbeeinträchtigungen können verhütet werden.
  - Fluss- oder Seeufer oder andere bevorzugte Erholungspunkte können freigehalten werden.

Ein typischer Sachverhalt war in RRB Nr. 1506/1973 zu entscheiden. Die Tochter eines Landwirts wollte für ihre Familie ein Einfamilienhaus erstellen und sah dafür einen Bauplatz vor, der 200 m vom elterlichen Hof entfernt in einem unüberbauten Gebiet lag. Das kantonale Planungsamt und die Gemeindebehörden lehnten diesen Standort ab und schlugen einen Platz vor, an dem sich der geplante Bau bedeutend besser in die Hofgruppe eingefügt hätte. Zudem wäre der Zusammenhang zur bestehenden Dorfsiedlung gewahrt worden und die Erschliessung hätte einfacher und billiger gelöst werden können. Dieser Gegenvorschlag wurde von der Baugesuchstellerin abgelehnt, vor allem mit dem Hinweis, er würde landwirtschaftlich besser nutzbares Land beschlagen, als der von ihr ausersehene Platz, einer allfälligen künftigen Betriebserweiterung hinderlich sein und darüberhinaus

366 Botsch. RPG S. 44f.
367 Vollenweider S. 118, zum Begriff vorn Ziff. J.2.41

die Bewohner den Immissionen des Landwirtschaftsbetriebs verstärkt aussetzen. Die Landwirtschaftsdirektion neigte aus ihrer Sicht ebenfalls dazu, den abseits gelegenen Standort zu bevorzugen, ohne jedoch den Gegenvorschlag als untauglich abzulehnen. Der Regierungsrat entschied, es könne nur auf dem von den Planungsbehörden bezeichneten Platz gebaute werden: "Les intérêts de l'aménagement du territoire, qui commandent qu'on mette un frein au système de construction en ordre dispersé et qu'on développe un mode de bâtir rationnel, l'emportent sur les considérations d'ordre agricole ... Il existe effectivement la possibilité de déplacer sur parcelle 683 la maison d'habitation projetée. On peut exiger ce déplacement de la part du recourant, bien que la situation dans laquelle se trouve la parcelle 671 promette un habitat plus agréable. Celui qui requiert une exception en faveur d'une construction non agricole dans le reste du territoire communal ne peut cependant faire valoir un droit à ce que ses intentions de bâtir soient réalisées sans égard pour les intérêts du bien public et de la manière la plus favorable selon ses conceptions: en ce qui concerne le choix du lieu tout particulièrement, il a l'obligation de se soumettre aux intérêts de la planification."
In bezug auf bauwillige Angehörige von Landwirten im speziellen führte der Regierungsrat aus: "Les parents ne peuvent requérir une mesure d'exception que si, à côté de leurs rapports personnels avec l'exploitation agricole, ils sont prêts à bâtir dans le voisinage immédiat de la ferme existante dans des conditions telles que la maison nouvelle puisse être considérée comme un élément constitutif du groupe des bâtisses agricoles et s'y intègre. Le bâtiment d'habitation ne doit, en règle générale, pas être éloigné de plus de 50 m de la ferme. Cette proximité par rapport à celle-ci est pour le surplus de nature à contrecarrer une vente ultérieure de la maison d'habitation à des tiers par les parents en cause. Finalement, il convient aussi de parvenir à harmoniser au point de vue architectonique la nouvelle maison d'habitation et les bâtisses agricoles existantes". Zu ergänzen bleibt, dass sich die Beschwerdeführerin diesem Urteil fügte und ihr Haus an dem von den Planungsbehörden bezeichneten Standort baute.

- Vorschriften über die Baugestaltung, die Einfügung des Bauwerks in die Umgebung (durch Verbote von Aufschüttungen oder Abgrabungen etc.) und die Umgebungsgestaltung dienen vorab dem Landschafts- und Orstbildschutz.

- Zur Bewilligung eines Teils der Baueingabe sei auf das in Ziff. 4.1 erwähnte Beispiel verwiesen, anstatt zweier Einfamilienhäuser nur eines oder ein neues Projekt für ein Zweifamilienhaus zu bewilligen.

4.3 Der Ausnahmeentscheid als Ergebnis der Rechtsverwirklichung und seine Rechtswirkung

Am Ende des Prozesses der Konkretisierung von Art. 24 BauG steht im Einzelfall der Entscheid als Antwort auf das gestellte Ausnahmebegehren. Die Wirkung und der Inhalt der Ausnahmebewilligung wird damit umschrieben, dass "von der Einhaltung der materiellen Bauvorschriften befreit und an derer Stelle besondere Normen gesetzt" werden (368).

368 Suter S. 84

Die baurechtliche Ausnahmebewilligung ist eine "Polizeierlaubnis, durch welche ein an sich materiell rechtswidriges Bauprojekt unter entsprechender Abänderung des materiellen Baupolizeirechts für diesen Einzelfall genehmigt wird." (369). Die besonderen Normen bestehen in der Zumessung individuell- konkreter, den sonst geltenden Vorschriften widersprechenden Rechtsfolgen, nicht etwa im Erlass generell-abstrakter Rechtssätze (370). Ein negativer oder abschlägiger Ausnahmeentscheid bedeutet die Verweigerung einer solchen Polizeierlaubnis. Diese Betrachtungsweise ist für Ausnahmebewilligungen nach Art. 24 BauG nur beschränkt richtig, nämlich im Verhältnis zu der in Art. 23/1 und 2 ausdrücklich umschriebenen Zweck- und Nutzungsbestimmung des Bodens im übrigen Gemeindegebiet und der zu seiner Bewirtschaftung zugelassenen Bauten. Bei nichtlandwirtschaftlichen, aber an einen Standort im übrigen Gemeindegebiet gebundenen Bauten, die einer in diesem Gebiet zulässigen Nutzung dienen, kann von einer Durchbrechung der Zweckbestimmung dieser Zone nur insoweit gesprochen werden, als diese Nutzungen im Art. 23 nicht erwähnt sind. Sie bilden jedoch einen Bestandteil der Nutzungsordnung. Aktivitäten des Fremdenverkehrs und der Erholung, der Abbau von Lagerstätten, die Nutzung des Wassers und die militärische Landesverteidigung gehören dazu. Sie rufen nach Fremdenverkehrs- und Erholungseinrichtungen, Bauten zur Nutzbarmachung der Wasserkräfte, zur Wasserversorgung und zum Abbau von Lagerstätten (371). Ihre Zulassung auf dem Weg der Ausnahmebewilligung wird durch den Aufbau der gesetzlichen Ordnung notwendig. Die Formulierung des Art. 24 versucht übrigens, vom Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt, diesem Unterschied von der herkömmlichen baurechtlichen Ausnahmebewilligung Rechnung zu tragen, indem er in den Abs. 1 - 3 des Art. 24 den Ausdruck "Ausnahme" vermeidet. Er kommt nur im Marginale, in Satz 2 des Absatzes 4 sowie in Art. 47/2 und 3 BauG vor. Echte Durchbrechungen der Nutzungsordnung sind die Bewilligungen für nichtstandortgebundene Bauten sowie für solche, die aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen oder aus Erfordernissen des Immissionsschutzes als standortgebunden bezeichnet werden. Zu letzteren gehören Verarbeitungsbetriebe im Zusammenhang mit dem Abbau von Lagerstätten, PTT- und Zollanlagen, Schiessstände.
Wir können die Rechtsfolgen, die den Inhalt von Ausnahmeentscheiden bilden, folgendermassen einteilen:

- Der Hauptinhalt der Ausnahmebewilligung besteht in der *Erlaubnis*, eine bestimmte Baute im übrigen Gemeindegebiet zu erstellen. Sie wirkt konstitutiv, das heisst, sie begründet ein Recht, das dem begünstigten Grundeigentümer oder einem andern Baugesuchsteller vorher aufgrund der Nutzungsordnung nicht zustand (372). Sie unterscheidet sich dadurch von der Baubewilligung, die einzig feststellt, dass ein Bauvorhaben den geltenden Bau- und Planungsvorschriften entspricht (373). Damit die Baubewilligungsbehörde im Bauentscheid eine solche Feststellung treffen darf, muss eine Ausnahmebewilligung vorliegen. Diese ist somit Voraussetzung

369 Zimmermann S. 12

370 Suter S. 87., vgl. auch hinten Ziff. K.2

371 Bauten und Anlagen der militärischen Landesverteidigung sind der kantonalen Gesetzgebung entzogen, Art. 164/3 des BG über die Militärorganisation vom 12.4.1907, SR 510.10, Art. 6/1/a BewD, Zaugg N 19 zu Art. 1 BauG

372 Zimmermann S. 8, Zimmerlin N 12 zu § 3 BO Aarau

373 Zimmerlin a.a.O., vorn Ziff. G.1.2

zur Erteilung einer Baubewilligung.

- Lautet der Entscheid auf *Verweigerung* der Ausnahme, dann fehlt das wesentliche Element zur Erteilung der Baubewilligung, nämlich die Sanktion des Verstosses gegen eine Bauvorschrift. Allerdings muss die Auffassung von der konstitutiven Wirkung der Ausnahmebewilligung nach Art. 24 relativiert werden, nämlich in dem Mass, als dem Grundeigentümer oder einer andern, als Baugesuchsteller auftretenden Person praktisch ein Anspruch auf eine Ausnahme zustehen kann (374).

- Der Inhalt der Ausnahmebewilligung kann ergänzt werden durch *Zusätze*, welche den Sinn und Zweck der Dispenserteilung sichern und verstärken oder aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip fliessen. Sie werden als *Nebenbestimmungen* bezeichnet.

- Eine Ausnahmebewilligung kann sich bloss auf einen *Teil* des Bauprojektes beziehen, das Gegenstand des Verfahrens ist. Für den restlichen Teil wird eine Verweigerung ausgesprochen.

- Eine Art Rechtsfolge, wenn auch nicht im strengen Sinn des Begriffs, stellt die einer Ausnahmeverweigerung beigefügte *Zusicherung* dar, ein anderes Bauprojekt in einem künftigen Ausnahme- und Baubewilligungsverfahren zu bewilligen. Die Zusicherung entfaltet bloss die Rechtswirkung einer Auskunft der Baubewilligungsbehörde (375).

5. NEBENBESTIMMUNGEN ZU AUSNAHMEBEWILLIGUNGEN

5.1. Auflagen und Bedingungen

Die *Auflage* ist eine zum Hauptinhalt der Ausnahmebewilligung hinzutretende, selbständige und erzwingbare Anordnung der verfügenden Verwaltungsbehörde (376). Adressat ist in der Regel der begünstigte Gesuchsteller, es kann aber auch die Gemeinde sein, in der das Bauwerk erstellt werden soll. Die gesetzliche Grundlage für solche Zusätze zur Ausnahmebewilligung findet sich in Art. 50/1 BauG. Diese Bestimmung spricht sich nicht über den Inhalt und den Umfang von Auflagen aus. Dennoch bestehen Begrenzungen. Auflagen müssen in einem unmittelbaren Sachzusammenhang mit dem Hauptinhalt der Bewilligung stehen, sonst sind sie sachfremd und damit unzulässig (377). Zu letzteren gehören solche, die weder das Bau- und Planungsrecht im allgemeinen noch das Bauvorhaben im speziellen betreffen und solche, die versuchen, ein bau- oder ein planungsrechtliches Problem auf andere Weise zu lösen, als es die Gesetzgebung vorsieht. In der Form von Auflagen an den Bauherrn können beispielsweise gekleidet werden:

- Vorschriften über die Bau- oder die Umgebungsgestaltung gemäss Ziff. 4.2

374 vorn Ziff. 3.2.4

375 vorn Ziff. 3.2.432

376 Forsthoff S. 208, Grisel S. 197, Zimmerlin N 30 zu § 12 BO Aarau

377 Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 327 Bem. II. S. 193, Grisel S. 198, Vollenweider S. 119, Siegenthaler MbVR 70 (1972) N 53 S. 128, Zimmerlin N 25 zu § 12 BO Aarau Zaugg N 1 zu Art. 50 BauG, Forsthoff S. 209

- Weiter Pflichten zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, wie die Erstellung und Kostenübernahme von Erschliessungsanlagen, wozu auf Ziff. 6. verwiesen sei.

Auflagen an die Gemeindebehörden können bestehen:

- In der Verpflichtung, das zu überbauende Grundstück in eine bestimmte Bauzone einzuzonen, was dann auf der Hand liegt, wenn es um eine Uebergangslösung bis zum Abschluss der Ortsplanung geht (Ziff. 2.254).

- In der Verpflichtung, bei der kantonalen Polizeidirektion Verkehrsbeschränkungen gemäss Art. 52 SBG zu beantragen, damit unerwünschter Verkehr, der mit der Realisierung des zu bewilligenden Bauvorhabens zu erwarten ist, von einer Strasse ferngehalten werden kann.

Unzulässig wären Auflagen folgenden Inhalts:

- Die Auferlegung von Geldleistungen an den Baugesuchsteller, ohne dass eine klare gesetzliche Grundlage besteht. Hauptbeispiel ist der Versuch der Gemeinden, einen notwendigen Ausbau von Erschliessungsanlagen wie Zufahrtsstrassen durch Geldleistungen "abzulösen". Diese Mittel sollen dann für einen künftigen Strassenausbau verwendet werden oder ohne Zweckbindung in die Gemeindekasse fliessen. Die Erstellung der Erschliessungsanlagen sowie die Kostentragung sind in Abs. 4 des Art. 24 abschliessend geregelt.

- Die Verpflichtung des Baugesuchstellers, in der Gemeinde zivil- oder steuerrechtlichen oder politischen Wohnsitz zu nehmen. Damit wird beabsichtigt, eine Zweckentfremdung des zu bewilligenden Gebäudes zu verhindern. Die Gemeinden sind nämlich regelmässig daran interessiert, dass Wohngebäude zum dauernden Aufenthalt und nicht als Ferienhäuser benützt werden. Eine solche Auflage verstiesse gegen verschiedene Bestimmungen des Bundesrechts und wäre daher nicht durchsetzbar (378).

Mittels einer *Bedingung* wird die Rechtswirksamkeit der Ausnahmebewilligung mit einem ungewissen zukünftigen Ereignis verbunden und davon abhängig gemacht. Sie kann so beschaffen sein, dass die Ausnahmebewilligung erst mit dem Eintritt dieses Ereignisses rechtswirksam wird, dann handelt es sich um eine Suspensivbedingung, oder so, dass die Rechtswirkungen mit dem Eintritt des Ereignisses dahinfallen, dann liegt eine Resolutivbedingung vor (379). Im Gegensatz zur Auflage ist die Bedingung untrennbar mit dem Hauptinhalt der Ausnahmebewilligung verknüpft. Deren rechtliches Schicksal hängt von der Bedingung ab (380). Die Unterscheidung, ob eine Auflage oder eine Bedingung vorliegt, ist im Einzelfall oft schwer zu treffen, vor allem auch deshalb, weil die Begriffe von den Verwaltungsbehörden nicht klar geschieden werden (381). In den Ausnahmeent-

---

378 z.B. Art. 45 BV (Niederlassungsfreiheit), Art. 27/28 ZGB (Persönlichkeitsschutz). Zum Verhältnis zwischen Wohnsitz und Niederlassungsfreiheit vgl. Aubert, Droit constitutionnel II Nos 1964ff.

379 Forsthoff S. 208, Grisel S. 197, Zimmerlin N 29 zu § 12 BO Aarau

380 Forsthoff a.a.O.

381 Forsthoff a.a.O., Zimmerlin N 30 zu § 12 BO Aarau. So qualifiziert RRB Nr. 4062/1974 E 2 die Anweisung an die Gemeindebehörde, das Baugrundstück im Rahmen der Ortsplanungsrevison einer Bauzone zuzuweisen, fälschlicherweise als Bedingung anstatt als Auflage.

scheiden nach Art. 24 BauG ist dies nicht anders. Echte Bedingungen kommen weniger häufig vor als Auflagen. Sie sind vielfach unerwünscht, da sie das Schicksal der Bewilligung in der Schwebe halten (382). In der Lehre wird als Unterscheidungskriterium für den Einzelfall die Bedeutung, die die Bewilligungsbehörde der Nebenbestimmung zumisst, angegeben. Je gewichtiger sie ist, desto eher ist auf eine Bedingung zu schliessen (383). Der Hauptanwendungsfall der Bedingung bei Entscheiden nach Art. 24 BauG dürfte die Anordnung von Standortverschiebungen sein. Sie können losgelöst vom Hauptinhalt der Verfügung nicht durchgesetzt werden. Das von Forsthoff und Zimmerlin angeführte Beispiel, dass mit der Erteilung der Baubewilligung die Erstellung einer Strasse bis zum Baugrundstück verlangt wird, ist meines Erachtens nicht eindeutig (384). Hier wird es sich vielfach um eine blosse Auflage handeln. Die Erstellung einer Zufahrt kann jederzeit und unabhängig von derjenigen des Gebäudes oder einer andern Anlage mittels Verwaltungszwangs durchgesetzt werden, wobei auch bei der Durchsetzung von Auflagen als ultima ratio der Widerruf der Baubewilligung möglich ist (385). Darauf deutet auch die Ordnung des Art. 4/1 BauG, wonach die Erschliessung des Baugrundes "auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes oder der Anlage ... gesichert sein" muss und nur "wenn nötig" bereits auf den Zeitpunkt des Baubeginns. Will die Bewilligungsbehörde die Zulässigkeit einer Baute von der Erstellung der Erschliessungsanlagen abhängig machen, müsste dies in der Verfügung klar formuliert werden, etwa durch die suspensivbedingt wirkende Wendung: "mit den Bauarbeiten darf erst begonnen werden, wenn die Zufahrt erstellt (oder ausgebaut) ist." Adressat einer Bedingung kann nur der Inhaber der Ausnahmebewilligung sein, nicht eine andere Person oder die Gemeinde, da ersterer sonst dem Tätigkeitswerden einer Person oder eine Behörde ausgeliefert ist, auf das er wenig Einfluss hat (386). Die Anforderungen an die Rechtmässigkeit von Bedingungen sind die gleichen wie für Auflagen.

5.2 Die Befristung und der Widerrufsvorbehalt

Die *befristete* Erteilung einer Ausnahmebewilligung ist gemäss Art. 50/1 BauG zulässig. Für Ausnahmen nach Art. 24 wird davon Gebrauch gemacht, wenn die Ausnahmevoraussetzungen nur für eine gewisse Zeit erfüllt sind. Das kommt besonders bei Provisorien wie Bauplatzinstallationen, Notunterkünften bis zum vollendeten Wiederaufbau abgebrannter Gebäude, Pavillons für Gastwirtschaften bis zum Bezug des Neubaus etc. vor (387). Die Ausnahmebewilligung kann für eine bestimmte Zeit oder für solange, als die Baute der vorgegebenen Zweckbestimmung dient, erteilt werden.
Nach Art. 50/1 BauG ist auch der *Vorbehalt des Widerrufs* der Ausnahmebewilligung zulässig. Ein solcher ist dann angebracht, wenn begründete Aussicht besteht, dass die Zweckbestimmung der Baute, für

382 Zimmerlin N 29 zu § 12 BO Aarau, Vollenweider S. 121
383 Forsthoff S. 209, Grisel S. 197
384 Forsthoff a.a.O., Zimmerlin N 24 zu § 12 BO Aarau
385 Zimmerlin N 30 zu § 12 BO Aarau
386 ebenso der in Anm. 381 erwähnte RRB; anderer Auffassung ist Vollenweider S. 121
387 Zimmerlin N 14 zu § 12 BO Aarau

welche die Ausnahmevoraussetzungen im Zeitpunkt des Ausnahmeentscheids gegeben sind, wesentlich ändern könnte und dadurch der Ausnahmebewilligung das rechtliche Fundament entzogen würde.
Nach Art. 50/3 BauG kann die Bewilligungsbehörde die Befristung und den Widerrufsvorbehalt *im Grundbuch anmerken* lassen, wofür der Begriff des "Beseitigungsreverses" gebräuchlich ist (388).

6. DIE RECHTLICHE SICHERUNG DER ZWECKBESTIMMUNG DER NACH ART. 23 UND 24 BEWILLIGTEN BAUTEN

Die Verhinderung der Zweckentfremdung von Bauten, die nach Art. 23 oder 24 bewilligt werden, erweist sich in der Verwaltungspraxis als schwerwiegendes Problem. Ueber die Möglichkeiten, Umgehungstatbestände zu den Art. 23/2 und 24/2/c bereits im Ausnahmebewilligungsverfahren aufzudecken, war bereits die Rede (389). Noch schwieriger ist ein erfolgreiches behördliches Eingreifen dann, wenn eine Ausnahmebewilligung erteilt, die Baute erstellt ist und diese später unter Beibehaltung der Benützungsart den Eigentümer oder Benützer wechselt. Dadurch kann das rechtliche Fundament, worauf die Erteilung der Ausnahme gründete, verloren gehen. Als Beispiele sind hier die Verkäufe von Wohnbauten an betriebsfremde Personen zu nennen, nachdem sie als der landwirtschaftlichen Bevölkerung, ihren Hilfskräften oder ihren Angehörigen dienend nach Art. 23/2 oder 24/2/c bewilligt worden sind. Den Verkäufen gleichzustellen sind die Errichtung von Baurechten oder der Abschluss langjähriger Mietverträge mit solchen Personen. Zwar ist nicht in allen diesen Fällen schon von Anfang an eine Gesetzesumgehung beabsichtigt. Häufig dürfte der Entschluss, ein solches Haus zu veräussern, erst einige Zeit nach seiner Fertigstellung gefasst werden, wenn der Verwandte, der gebaut hat, wieder wegzieht. Der Landwirt schadet aber auf jeden Fall seinem Betrieb, wenn er ein solches Haus an Leute verkauft, welche zu seinem Heimwesen keine enge Beziehung haben. Braucht er später wieder neuen Wohnraum, wird er kaum mit einer Bewilligung für ein weiteres Wohnhaus rechnen können. Er wird deshalb Wohnraum, der vorübergehend leer steht, bloss vermieten, ohne sich jedoch durch langjährige Verträge zu binden.
Im Folgenden gebe ich einen Ueberblick über die Möglichkeiten, die das geltende Recht für die Sicherung der Zweckbestimmung zur Verfügung stellt.
Die Durchführung eines *neuen Baubewilligungsverfahrens* ist anzuordnen, wenn ein der Landwirtschaft dienendes Objekt mit oder ohne Vornahme baulicher Massnahmen einer nichtlandwirtschaftlichen Zweckbestimmung zugeführt wird (390).
Baubewilligungen für Wohngebäude, die aufgrund von Art. 23/2 bewilligt werden, können mit einem *Abparzellierungsverbot* versehen werden (390a). Es bedeutet, dass das Wohnhaus, das dem Betriebsleiter, seinen Angestellten oder als Stöckli seinen Eltern dienen soll, auf der Hofparzelle verbleibt. Es darf keine eigene Parzelle errichtet werden. Das Verbot umfasst auch die Errichtung von Baurechtsparzellen. Das Haus wird dadurch Bestandteil des zum Landwirtschafts-

388 Näheres bei Zimmerlin N 16 zu § 74 BO Aarau
389 vorn Ziff. I. 1, 2.4, 3.2.3
390 vorn Ziff. I.5.2
390a Bendel, ZBl 75 (1974) S. 426

betrieb gehörenden Gebäudekomplexes (391). Eine selbständige Weiterveräusserung ist nicht möglich. Das Verbot ist in die Form der Auflage oder der Bedingung zur Baubewilligung zu kleiden, was gestützt auf Art. 32/2 BewD zulässig ist. Es versagt für den Abschluss langjähriger Mietverträge, die gemäss Art. 260 OR und 959 ZGB sogar im Grundbuch vorgemerkt werden können.
Wenn das Entstehen eines baubewilligungspflichten Sachverhalts bei späteren Zweckentfremdungen ungewiss ist, kann ein ausdrückliches *Zweckentfremdungs-* oder ein *Veräusserungsverbot* als Bedingung in die Ausnahmebewilligung aufgenommen werden (392). So können die Verbote ausgesprochen werden, ein nach Art. 24/2/a als touristische Förderungsmassnahme bewilligtes Hotel in Eigentumswohnungen umzuwandeln oder Bauten Angehöriger nach Art. 24/2/c an betriebsfremde Personen zu veräussern oder zu deren Gunsten Baurechte zu errichten. Zweckentfremdungsverbote können auch positiv formuliert werden, indem bestimmte *Nutzungspflichten* vorgeschrieben werden, beispielsweise durch die Auflage, eine bestimmte Erholungseinrichtung jedermann gegen ein übliches Entgelt zugänglich zu machen (393) oder Wohnbauten den Lehrkräften eines abgelegenen Schulhauses zur Verfügung zu stellen etc. Die Wirksamkeit solcher Nebenbestimmungen hängt allerdings weitgehend vom Wirken der örtlichen Baupolizeibehörden ab. Sie müssen gewillt sein und sich nicht scheuen, ihnen Nachachtung zu verschaffen, wenn nötig bis zum bitteren Ende, nämlich dem Widerruf der Baubewilligung mit allen seinen Konsequenzen (394).
In seinem Entscheid Nr. 4003/1974 erklärte der Regierungsrat, zur Sicherung der Zweckbestimmung sei ein Zweckentfremdungsverbot einem Abparzellierungsverbot vorzuziehen. Diese Auffassung ist richtig. In gewissen Fällen sind die *Befristung* oder der *Vorbehalt des Widerrufs* im Sinn von Art. 50/1 BauG angezeigt.
Nebenbestimmungen zu einer Ausnahme- oder zu einer Baubewilligung gelten als öffentliche-rechtliche Eigentumsbeschränkungen gegenüber jedermann, also auch gegen den Rechtsnachfolger des Baugesuchstellers (395). Deshalb ist eine weitere Sicherung grundsätzlich nicht nötig. Sie ist aber aus Gründen einer fortgesetzten Publizität und der Rechtssicherheit, besonders zum Schutz des Erwerbers eines Grundstücks, das eine mit einschränkenden Nebenbestimmungen bewilligte Baute enthält, oft notwendig. Denn erfahrungsgemäss fallen Nebenbestimmungen leicht der Vergessenheit anheim. Die Mitglieder von Baupolizeibehörden wechseln ständig. Die Verheimlichung von Nebenbestimmungen einer Baubewilligung gegenüber Erwerbsinteressenten ist leicht möglich. Das adäquate Mittel, für eine genügende Publizität zu sorgen, ist die *Anmerkung* der Nebenbestimmungen im Grundbuch (396). Hierzu bestimmt Art. 962 ZGB:

---

391 Ich erinnere daran, dass die landwirtschaftliche Betriebslehre diese Gebäude als Einheit betrachtet, vorn Ziff. I.2
392 Zaugg N 19 zu Art. 24 BauG. Bendel, ZBl 75 (1974) S. 425, schlägt die weniger strenge Form vor.
393 MbVR 69 (1971) S. 454
394 in diesem Sinn RRB Nr. 4003/1974 E 3.d
395 Art. 38/2 BewD, Zaugg N 3 zu Art. 50 BauG, Siegenthaler MbVR 70 (1972) N 56 S. 129
396 Zaugg N 3 zu Art. 50 BauG, Vollenweider S. 119f., Zimmerlin N 16, 17 zu § 74 BO Aarau, Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar, N 77 zu Art. 680 ZGB

1. Die Kantone können vorschreiben, dass öffentlich-rechtliche Beschränkungen, wie Baulinien und dergleichen, im Grundbuch anzumerken sind.

2. Diese Vorschriften bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundesrates.

Art. 50/3 BauG sieht die Anmerkung nur für die Befristung und für den Widerrufsvorbehalt für Ausnahmebewilligungen vor, ferner für die Wegbedingung der Mehrwertsentschädigung, die hier aber ohne Bedeutung ist. Weder das Baugesetz noch ein Ausführungserlass enthalten weitere Bestimmungen, die die Anmerkung anderer Nebenbestimmungen vorsehen (397). Gerade für Zweckentfremdungs-, Veräusserungs- oder Abparzellierungsverbote und für Nutzungsgebote wären sie jedoch ebenso notwendig (398). Hierfür wäre eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die vom Bundesrat genehmigt werden müsste (399). Ohne das Vorliegen genehmigter Vorschriften sind die Grundbuchverwalter nicht verpflichtet, Anmerkungen vorzunehmen (400). Ob die Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein muss, erscheint fraglich. Weder Art. 962 ZGB noch Art. 80 der Grundbuchverordnung des Bundesrates verlangen dies, sondern sprechen nur von den kantonalen Vorschriften, worunter auch Ausführungserlasse fallen können. Ein Beispiel findet sich in Art. 13/3 BauV. Danach kann die Baubewilligungsbehörde die Anmerkung der Wiederherstellungspflicht für Ablagerungsplätze und ausgebeutete Gruben verlangen (401). Die Anordnung, Nebenbestimmungen anzumerken, würde der Durchsetzung der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet dienen. Sie wäre keine zusätzliche, über Art. 23 BauG hinausgehende und schwerwiegende Eigentumsbeschränkung, die einer klaren Grundlage im formellen Gesetz bedürfte (402). Sie läge daher in der Kompetenz des Regierungsrats zum Erlass der zum Gesetzesvollzug nötigen Vorschriften (Art. 112/1 BauG). Allenfalls könnte sie auch im Baubewilligungsdekret untergebracht werden, und zwar gestützt auf Art. 111/1/b BauG. Gelegentlich verlangen Gemeinden wegen dieser unbefriedigenden Rechtslage die Sicherung von Nebenbestimmungen in Form von Dienstbarkeiten (403). So liess sich, um ein Beispiel aus der Verwaltungspraxis zu nennen, eine Oberländer Gemeinde auf einem Grundstück, das gestützt auf Art. 24/2/a BauG mit einem Hotel überbaut werden konnte, eine Personaldienstbarkeit des Inhalts einräumen, das Hotel dürfe nicht

397 RRB Nr. 4003/1974 E 3.a betr. Abparzellierungs- und Zweckentfremdungsverbote

398 § 225/a BauG AG enthält z.B. die Vorschrift, dass der Gemeinderat oder das kant. Baudepartement generell die Anmerkung von Ausnahmebewilligungen verlangen können.

399 Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar N 78 zu Art. 680 ZGB, Ansichtsäusserung der bernischen Gemeinde- und der Justizdirektion in MbVR 54 (1956) S. 182

400 Tun sie es dennoch, so kommt der Anmerkung gleichwohl dieselbe deklaratorische Wirkung zu, wie wenn eine genehmigte Vorschrift bestände, Meier-Hayoz, Sachenrechtskommentar N 86 zu Art. 680 ZGB. Die Bereitschaft der Grundbuchverwalter hierzu dürfte allerdings gering sein. Zur bloss deklaratorischen Wirkung der Anmerkung Meier-Hayoz, a.a.O. N 77, 81f.

401 Auch der Bundesrat ordnet gelegentlich die Anmerkungspflicht in eigener Kompetenz an, vgl. das Beispiel bei Meier-Hayoz, a.a.O. N 79

402 vorn Ziff. E.7.121. Anderer Auffassung ist Bendel, ZBl 75 (1974) S. 424f.

403 Vollenweider S. 119f., Meier-Hayoz a.a.O. N 92

zweckentfremdet, insbesondere nicht in ein Appartementhaus mit selbständigen Wohneinheiten oder in Eigentumswohnungen umgewandelt werden.
Wird eine Ausnahme- oder eine Baubewilligung ohne Vorbehalte erteilt und später ein Umgehungstatbestand aufgedeckt, so ist ein *Widerruf der Baubwilligung* nach den Vorschriften des Art. 58 BauG möglich. Die allgemeine Voraussetzung ist die Rechtswidrigkeit der erteilten Bewilligung und eine dadurch zu erwartende konkrete Beeinträchtigung öffentlicher Interessen (404). Ist mit den Bauarbeiten bereits angefangen worden, so ist der Widerruf nur zulässig, wenn zwingende öffentliche Interessen es gebieten oder wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch Irreführung der Behörden erwirkt hat. Besonders krass sind Fälle, in denen sogar beide Voraussetzungen erfüllt sind. Genannt sei das Beispiel, das im Sommer 1974 die Runde durch die Schweizerpresse machte (405): Ein Bauherr im Kanton Tessin erhielt die Baubewilligung für eine landwirtschaftliche Siedlung ausserhalb des Baugebiets. Er erstellte dann ein luxuriöses Landhaus und richtete die Jauchegrube als Schwimmbassin her. Oeffentliche Interessen, vorab an der Durchsetzung der Zonenordnung, an der Glaubwürdigkeit unserer Rechtsordnung überhaupt, gebieten, dass solchen Machenschaften ein Riegel geschoben wird. Die Wegräumung einiger solcher Bauten wird durchaus genügen, künftige Versuche, die Zonenordnung zu umgehen, zu verhüten. Eine Irreführung müsste auch angenommen werden, wenn ein nach Art. 23/2 oder Art. 24/2/c bewilligtes Wohnhaus schon während des Baus verkauft oder zum Verkauf angeboten würde und feststünde, dass der eigene Wohnbedarf des Landwirts oder seines Angehörigen nur ein vorgeschobenes Argument zum Verkauf eines Bauplatzes war. Erfolgt ein solcher Verkauf erst einige Jahre nach Fertigstellung des Hauses, dürfte eine Irreführung der Behörde im Zeitpunkt des Baubewilligungsverfahrens nicht vorgelegen haben oder schwer nachweisbar sein. Ein für die Erteilung der Ausnahme nicht kausaler Umstand wäre demgegenüber der Weiterverkauf von Land durch den Ersterwerber an einen Dritten, wenn die Ausnahme gestützt auf Art. 24/2/b gewährt wurde. Eine Weiterveräusserung des Bauplatzes würde an der erfolgten Sanierung oder Rationalisierung des Landwirtschaftsbetriebes nichts ändern. Zu bedauern wäre höchstens, dass die Differenz zwischen dem ersten und dem zweiten Verkaufspreis nicht mehr dem Landwirt zufällt.
Auf die Mittel des *Verwaltungszwangs* und auf die *strafrechtlichen Sanktionen*, welche den Baupolizeibehörden zur Verfügung stehen, können wir an dieser Stelle nicht eingehen. Sie sind in den Art. 59ff. BauG über die Baupolizei geregelt.

7. DIE UEBERWAELZUNG DER ERSCHLIESSUNGSPFLICHT NACH ART. 24/4

Die Vorschrift bestimmt, dass Gemeinde und Staat durch den Bau, den Betrieb und den Unterhalt der für die Erschliessung nötigen Strassen und Anlagen nicht belastet werden dürfen. Sie war als Ermächtigungsvorschrift an die Gemeinden bereits in Art. 6/4 BVG enthalten (406). Nach Absatz 4 des Art. 24 ist es darüberhinaus

404 Zaugg, N 2 zu Art. 58 BauG sowie der Gesetzestext
405 z.B. "Tages-Nachrichten" vom 12.8.1974 S. 4 (mit Bild)
406 vorn Ziff. H.2

zulässig, die Erteilung einer Ausnahme von einem Erschliessungsplan im Sinn von Art. 73 BauG abhängig zu machen. Die Anordnungen zur Erschliessung werden in die Form von Auflagen oder Bedingungen zum Ausnahmeentscheid oder zur Baubewilligung gekleidet. Die Bestimmung sagt nur, wer durch die Erschliessung nicht belastet werden darf. Adressaten der Vorschrift sind die Grundeigentümer oder andere Personen, die an ihrer Stelle als Ausnahmegesuchsteller auftreten. Die Vorschrift hat den Charakter einer Spezialbestimmung, welche anderen Regeln über die Erstellungs- und Kostentragungspflicht für Anlagen der Landerschliessung und über die Versorgung mit öffentlichen Diensten vorgeht. Dies dürfte allerdings nicht schlechthin gelten, sondern ist für jeden Gegenstand der Erschliessung und der Versorgung, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften gegerelt sind, einzeln zu prüfen.

7.1 Der Inhalt und der Umfang der Ueberwälzung

Aus dem Grundsatz, dass allein der Bauherr zu belasten ist, fliesst eine Reihe von Pflichten:

a) Der Bauherr hat die Erschliessungsanlagen gemäss den Anordnungen in der Ausnahme- oder in der Baubewilligung *selber zu erstellen* (407). Dazu gehört auch, dass er die notwendigen *Vorbereitungshandlungen* selber übernimmt: er muss das für die Erstellung oder Verbreiterung der Zufahrt erforderliche Land oder die notwendigen Dienstbarkeiten, sei es für denselben Zweck oder für das Legen von Leitungen, erwerben oder sich um die Mitgliedschaft einer Genossenschaft als Trägerin einer Privatstrasse bewerben usw.

b) Er hat die *anfallenden Kosten vollumfänglich zu übernehmen* (408). Wenn mehrere Grundeigentümer Ausnahmebewilligungen erhalten, haben sie die Erschliessungsanlagen aufeinander abzustimmen und soweit nötig gemeinsam zu erstellen. Dieser Grundsatz der koordinierten Erschliessung ist in Art. 4 Abs. 2 BauG enthalten. Können sich die Beteiligten nicht einigen, so ist ein Erschliessungsplan erforderlich, der sie dazu zwingt. Er wird uns in Ziff. 7.2 beschäftigen. Entsteht erst bei der Kostenverteilung Streit, so sind die Vorschriften des Art. 77 BauG über die Kostentragung der Detailerschliessung mangels einer anderen Regelung sinngemäss anwendbar. Im übrigen besteht die Unterscheidung zwischen Basiserschliessung und Detailerschliessung im übrigen Gemeindegebiet nicht. Die Vorschrift, dass das Gemeinwesen nicht belastet werden darf, wäre sonst in sich widersprüchlich, da die Erstellungspflicht für die Basiserschliessung die Gemeinde trifft und sie die Kosten nur bis zu 80 % auf die Grundeigentümer abwälzen kann (409)

Diese Ausführungen bedürfen bezüglich der einzelnen Erschliessungen einiger Präzisierungen:

---

407 Zaugg N 15 zu Art. 24 BauG

408 Zaugg N 16 zu Art. 24 BauG

409 Art. 71, 72 BauG, Art. 41 SBG, Art. 10 des Dekrets über die Erhebung von Beiträgen der Grundeigentümer an die Strassenbaukosten der Gemeinden vom 17.9.1970, vorn Ziff. D.4.171

- Art 24/4 gilt nur für Strassen, die einzig oder überwiegend als Erschliessungsstrassen zu nichtlandwirtschaftlichen Bauten dienen. Die Gemeinde kann sich ihrer "Strassenbaulast", wie sie durch das Strassenbaugesetz in den Art. 9, 12 und 38 geregelt ist, nicht entziehen. Sie kann einem Bauherrn, der eine ungenügend ausgebaute Gemeindestrasse als Zufahrt benützen will, nicht einen kilometerlangen Ausbau überbinden, wenn diese Strasse in erster Linie als Verbindungsstrasse zu einer Nachbargemeinde oder einer anderen, in Art. 9 SBG genannten Zweckbestimmung dient. In solchen Fällen ist die Strasse von der Gemeinde nach den Vorschriften des Strassenbaugesetzes auszubauen, wobei sie allenfalls Grundeigentümerbeiträge erheben kann.

- Die Vorschriften über die Beschaffenheit der Zufahrtsstrassen zu den Baugrundstücken finden sich in Art. 4 Abs. 3 BauG, der den Begriff der hinreichenden Zufahrt umschreibt, und in den Art. 31ff. BauV. Sie sind vorn in Ziff. J.3.232 angeführt.

- Die Versorgung mit Wasser richtet sich nach dem Wassernutzungsgesetz (410). Besteht eine reglementarische Wasserversorgungspflicht für das ganze Gemeindegebiet, so beschränkt sich die Pflicht der Gemeinde auf die Lieferung von genügend Wasser. Sie braucht selber keine Leitungen für ein nichtlandwirtschaftliches Bauvorhaben ausserhalb des Baugebiets zu erstellen. Der Bauherr muss es von einer gemeindeeigenen Leitung her holen. Die Wasserlieferungspflicht stellt in diesen Fällen eine Holschuld dar (411).

- Die Massnahmen zur Abwasserbeseitigung richten sich nach der Gewässerschutzgesetzgebung, vgl. Ziff. M.2.5.

c) Der Bauherr hat die Pflicht, die privaten Erschliessungsanlagen auf eigene Kosten zu *betreiben* und zu *unterhalten*. Mit dem "Betrieb" von Anlagen ist vor allem derjenige von Anlagen der Abwasserbeseitigung wie mechanisch-biologische Kläranlagen gemeint. Der Unterhalt privater Abwasseranlagen ist in den Art. 84ff. KGV geregelt. Leitungen und Strassen müssen so unterhalten werden, dass sie jederzeit bestimmungsgemäss benützt werden können. Die Strassen stellen Privatstrassen im Sinn von Art. 11 SBG dar. Gestützt auf dessen Abs. 2 und auf Art. 17/5/b BauG können die Gemeinden in Wegreglementen Vorschriften über ihren Unterhalt aufstellen.

d) Durch Art. 24/4 BauG soll eine erhebliche Belastung der *öffentlichen Dienste* verhindert werden. Zaugg nennt als Beispiele die Schneeräumung und die Glatteisbekämpfung (412). Anzuführen wäre auch die in Art. 25/2 BauG erwähnte Kehrichtabfuhr. Eine erhebliche Belastung läge nicht vor, wenn solche Dienste von der Gemeinde bereits für landwirtschaftliche Bauten und ihre Bewohner oder für bestehende nichtlandwirtschaftliche Bauten regelmässig bis in unmittelbare Nähe des geplanten Neubaus erbracht würden. In Gemeindereglementen werden die verschiedenartigsten Regelungen anzutreffen sein, die eine Lösung im Einzelfall erlauben. Das Muster-Abfallreglement 1973 der Direktion für Verkehr, Energie-

---

410 vorn Ziff. J.3.232

411 gemäss der Verwaltungspraxis der kant. Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft

412 N 15 zu Art. 24 BauG

und Wasserwirtschaft sieht vor, dass die Gemeinde die Beseitigung der festen Abfälle sowie derjenigen flüssigen Abfälle, die nicht an eine Abwasserreinigungsanlage abgegeben werden können, für das gesamte Gemeindegebiet überwacht und organisiert, dass aber der öffentliche Sammel- und Abfuhrdienst u.a. für abgelegene Gebiete eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann (Art. 1). Eine Beschränkung bestünde etwa darin, dass für die Bereitstellung des Hauskehrichts von abgelegenen oder schwer zugänglichen Liegenschaften, Weilern oder Ortsteilen bestimmte Abstellorte festgelegt werden (Art. 16).

7.2 Der Erschliessungsplan im besonderen

Art. 24/4 spricht vom "Erschliessungsplan", von dem eine Ausnahmebewilligung abhängig gemacht werden kann. Damit soll zum Ausdruck kommen, dass für das übrige Gemeindegebiet die Unterscheidung zwischen Basis- und Detailerschliessung nicht zu treffen ist. Der Verweis auf Art. 73 BauG, der den Detailerschliessungsplan betrifft, ist deshalb verwirrend. Er bedeutet:

- Der Erschliessungsplan im Sinn von Art. 24/4 soll die in Art. 73/2 genannten Gegenstände regeln, also die Verbindung der einzelnen im Plangebiet gelegenen Baugrundstücke mit den Anlagen der Basiserschliessung festlegen, die Zahl der Anschlüsse vermindern, die Erschliessungskosten senken und den Anschluss weiterer Grundstücke erleichtern. Unter den "Anlagen der Basiserschliessung" sind in unserem Zusammenhang ganz allgemein die nächstgelegenen öffentlichen Erschliessungsanlagen zu verstehen, an welche die Grundstücke angeschlossen werden sollen. Es kann sich dabei um eine Basiserschliessungsanlage im benachbarten Baugebiet handeln, um eine Staats- oder Gemeindestrasse, eine Gemeindezuleitung zur Abwasserreinigungsanlage usw.
- Im Erschliessungsplan können zur Sicherung von Erschliessungsanlagen Baulinien festgesetzt werden, wie dies Abs. 3 des Art. 73 vorsieht.
- Für das Planerlassverfahren, die Planwirkungen, den Bau der Erschliessungsanlagen und die Kostentragung gelten die Vorschriften über den Detailerschliessungsplan, also die Art. 74 -77 BauG mit den Ausführungsvorschriften in den Art. 137 - 146 BauV. Dagegen tritt der Art. 78 BauG betreffend das Eigentum und den Unterhalt an den Anlagen hinter die Spezialvorschrift des Art. 24/4 zurück.

Ein Erschliessungsplan ist angebracht oder notwendig:

- Wenn der Bauherr eine unzweckmässige Erschliessung vorschlägt, etwa im Bereich des unmittelbaren Erweiterungsgebiets des Baugebiets. Hier ist auf eine sorgfältige Planung der Erschliessungsanlagen besonders Gewicht zu legen, damit sie später in eine umfassendere Baulanderschliessung integriert werden können.
- Wenn sich mehrere zur Erstellung von Erschliessungsanlagen verpflichtete Bauherrn über eine gemeinsame Erschliessung nicht einigen können, beispielsweise jeder einen eigenen Anschluss an die Gemeindestrasse haben will.

- Zur zwangsweisen Durchsetzung von Durchleitungsrechten und Landerwerben für den Bau von Erschliessungsanlagen. Hierfür ist ein Plan erforderlich, der die notwendigen Enteignungsrechte erteilt.

Es gibt zwei Arten von Erschliessungsplänen:

- Den von den beteiligten Grundeigentümern durch Vereinbarung aufgestellten Plan. Er ist vom Gemeinderat und von der Baudirektion zu genehmigen. Er ist in Art. 74/1 BauG und Art. 138/3, 143/1 und 144 BauV geregelt.

- Den Detailerschliessungsplan in der Form des Ueberbauungsplans. Er ist dann notwendig, wenn sich die am Bau der Anlagen beteiligten Grundeigentümer nicht einigen können oder wenn Enteignungsrechte notwendig sind. Er ist Gegenstand der Art. 74/2 BauG, Art. 138/3, 143 und 144 BauV. Er wird vom Gemeinderat beschlossen und von der Baudirektion genehmigt. Eine öffentliche Auflage ist nicht erforderlich, wenn er nur der Ordnung der nachbarlichen Erschliessungsverhältnisse dient. Die Verfahrensvorschriften für den Ueberbauungsplan in Art. 122 - 126 und 133 - 135 BauV gelten insoweit, als die besonderen Vorschriften für den Detailerschliessungsplan keine eigene Regelung enthalten.

In beiden Fällen ist die Genehmigung bzw. die Beschlussfassung durch den Gemeinderat ausgeschlossen, wenn "allgemeine Interessen" betroffen sind. Hier ist das gemäss Art. 42 und 43 BauG zur Beschlussfassung über Ueberbauungspläne zuständige Gemeindeorgan kompetent. Die Fälle sind in Art. 143/2 BauV beispielhaft umschrieben. Für unseren Zusammenhang ist lit. b von Bedeutung:

> Abs. 2 .... Allgemeine Interessen gelten insbesondere als betroffen, wenn
> .....
> b) der Plan Gebiete ausserhalb des Baugebiets (Bauerwartungsland) einbezieht.

Der Sinn der Vorschrift liegt auf der Hand: die Ortsplanung, genauer die künftige Bezeichnung des Gebiets als Baugebiet wird durch einen solchen Plan präjudiziert (413).
Die Verknüpfung eines Erschliessungsplans mit einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 erfolgt mittels einer Suspensivbedingung als Nebenbestimmung zur Ausnahmebewilligung. In der Verwaltungspraxis zeigte sich, dass es zu erheblichen Schwierigkeiten führt, wenn ein Baubewilligungsverfahren mit einem Planerlassverfahren verbunden wird. Eine erste Schwierigkeit stellt sich der Baubewilligungsbehörde. Da, wie wir in Ziff. 8.3 sehen werden, der Ausnahmeentscheid der Baudirektion keine selbständige Verwaltungsverfügung ist, sondern einen Bestandteil des Bauentscheids bildet, muss sich die Baubewilligungsbehörde entschliessen, entweder den Bauentscheid bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Erschliessungsplans zu sistieren oder eine Baubewilligung zu erteilen mit dem Hinweis, dass sie erst rechtsgültig wird, wenn der Plan rechtskräftig geworden ist. Dies führt uns zu den Schwierigkeiten, die dem Bauherrn erwachsen. Im ersten Fall hat er vorläufig keine Möglichkeit, die Bedingung vor der Rechtsmittelinstanz anzufechten, sondern muss sich um den Plan bemühen. Im zweiten Fall kann er zwar Baubeschwerde erheben. Wird die Bedingung bestätigt oder nimmt er sie an, so kann

413 Zaugg, N 4 zu Art. 74 BauG

er gleichwohl von der Baubewilligung erst Gebrauch machen, wenn das zeitraubende Verfahren zum Erlass des Erschliessungsplanes erfolgreich durchgeführt worden ist. Obschon durch die Formulierung des Art. 24/4/2. Satz BauG grundsätzlich als Bedingung konzipiert, wäre wohl nicht ausgeschlossen, das Erfordernis eines Plans in die Form der Auflage zu kleiden. In diesem Fall würde der Bauentscheid rechtskräftig, und es könnte gleichzeitig mit der Bauausführung der Erschliessungsplan aufgestellt und durchgeführt werden. Gemäss Art.4 Abs. 1 BauG müssen nämlich die Erschliessungsanlagen in der Regel erst mit der Fertigstellung des Gebäudes oder der Anlage vorhanden sein. Dabei besteht aber die Gefahr, dass sowohl der Bauherr wie die Gemeindebaupolizeibehörden einer solchen Auflage nicht das nötige Gewicht beimessen würden und eine nachträgliche Durchsetzung unterbliebe. Statt einen Erschliessungsplan zu verlangen, behilft sich die Baudirektion bei Bauvorhaben im Erweiterungsgebiet des Baugebiets gelegentlich mit der Auflage, dass sich der Bauherr oder sein Rechtsnachfolger an einem künftigen Ueberbauungs- oder Detailerschliessungsplan zu beteiligen haben, was die Aufstellung, Durchführung und Kostentragung für solche Pläne betrifft. Ein solches Vorgehen ist allerdings nur zulässig, wenn für die Erschliessung des Bauvorhabens als Einzelbau eine geeignete Uebergangslösung möglich ist, sonst müsste eine Ausnahmebewilligung wegen ungenügender und unzweckmässiger Erschliessung verweigert werden. Diese Auflage spielt insbesondere bei den provisorischen Ferienhauszonen eine erhebliche Rolle (414). Ihre Wirksamkeit konnte noch kaum überprüft werden. Sie bedeutet ein Entgegenkommen an die Grundeigentümer. Ob es honoriert werden wird oder ob die Gemeinden zeit- und kostspielige Prozesse werden durchführen müssen, wird sich noch erweisen. Aus rechtlicher Sicht ist die Auflage nicht zu beanstanden, da sie Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips ist und mit den Gesetzeszwecken in Einklang steht. Streitig kann dagegen der Umfang der nachträglichen Beteiligungspflicht für den einzelnen Grundeigentümer werden. Hier wird zu entscheiden sein, wie wenn die Baubewilligung noch nicht erteilt wäre, unter Anrechnung der bereits geleisteten Erschliessungsinvestitionen für die Uebergangslösung. Diese ist deshalb so zu gestalten, dass sie in die spätere defintive Erschliessung integriert werden kann.

8. DAS FORMELLE AUSNAHMERECHT

Das formelle Ausnahmerecht gehört zum Baubewilligungsverfahren. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, einen Abriss dieses Verfahrens zu vermitteln. Ein solcher ist bereits im Kommentar Zaugg zu den Art. 1 und 53 - 58 BauG enthalten. Ich beschränke mich daher auf einzelne Fragen, die für Bauvorhaben nach Art. 24 von Bedeutung sind.

---

114 hinten Ziff. K.7

8.1 Die Kompetenzordnung

8.11 DIE ORDNUNG DES BAUGESETZES UND DES BAUBEWILLIGUNGSDEKRETS

Nach Art. 47/2 BauG bewilligt die kantonale Baudirektion Ausnahmen von kantonalen Bauvorschriften, wobei die Bestimmung diejenigen nach Art. 24 BauG ausdrücklich erwähnt. Abs. 3 desselben Artikels bestimmt ergänzend, dass solche Ausnahmen im Einvernehmen mit der kantonalen Landwirtschaftsdirektion zu erteilen sind. Diese Direktion hat somit ein Antragsrecht. Das gleiche Recht hat die Gemeindebaupolizeibehörde. Diese ist gemäss Art. 28/2 BewD zur Antragstellung sogar verpflichtet.

Ordentliche Baubewilligungsbehörde ist gemäss Art. 7/2 BewD der *Regierungsstatthalter* des Amtsbezirks, in welchem das Bauvorhaben zur Ausführung kommen soll. Art. 8 BewD enthält eine Sonderordnung für Gemeinden, die nach dem Ergebnis der letzten offiziellen Volkszählung mehr als 10'000 Einwohner haben. Diesen Gemeinden wird die ordentliche Baubewilligungskompetenz delegiert. Die Baudirektion kann sie auch weiteren Gemeinden mit einer gut organisierten Bauverwaltung übertragen. Nach einer Verfügung der Direktion vom 3.12.1971 haben die Kompetenz folgende Gemeinden: Bern, Biel, Burgdorf, Delsberg, Köniz, Langenthal, Muri b. Bern, Viertelsgemeinde Ostermundigen, Steffisburg, Thun und Zollikofen. Die Kompetenz geht in den in Abs. 3 des Art. 8 BewD genannten Fällen an den Regierungsstatthalter zurück, so gemäss lit. a dann, wenn Ausnahmen erforderlich sind, welche von den kantonalen Behörden zu erteilen oder zu genehmigen sind. Mit dieser Regel ist die *ordentliche Baubewilligungskompetenz der Gemeinden ausgeschlossen, wenn eine Ausnahme nach Art. 24 BauG im Spiel ist.*

Die Durchführung eines Ausnahmebewilligungsverfahrens beeinflusst die Bestimmung der für den Bauentscheid zuständigen Behörde noch auf andere Weise. Das Baubewilligungsdekret unterscheidet nämlich zwischen dem ordentlichen und dem vereinfachten (oder kleinen) Baubewilligungsverfahren. Letzteres ist für Bauvorhaben von untergeordneter Bedeutung einzuschlagen. Baubewilligungsbehörde ist gemäss Art. 9/2 BewD die Gemeindebaupolizeibehörde. Die Bauvorhaben sind in Abs. 1 dieses Artikels aufgezählt. Gemäss Abs. 3 ist jedoch in folgenden Fällen das ordentliche Verfahren durchzuführen, wenn:

a) bei der Erstellung oder Erweiterung von Hochbauten die Summe der Baukosten Fr. 50'000,- übersteigt,

b) das Baugesuch die Erstellung selbständiger Wohnbauten (z.B. von Ferienhäusern) betrifft,

c) das Bauvorhaben mit einem anderen zusammenhängt, für welches das ordentliche Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden muss,

d) durch das Bauvorhaben wesentliche öffentliche Interessen berührt werden, insbesondere solche des Natur-, Heimat- oder Landschaftsschutzes, der Verkehrssicherheit oder der Ortsplanung.

In diesem Zusammenhang ist vor allem lit. d von Bedeutung. Wenn Bauvorhaben nach Art. 24 zu beurteilen sind, kann von den Gemeindebehörden am Anfang eines Baubewilligungsverfahrens vielfach nicht abgeschätzt werden, ob wesentliche öffentliche Interessen betroffen

sind. Oft ist ihnen die Verwaltungspraxis der Baudirektion zu diesen Fragen nicht oder ungenügend bekannt. Zudem ist über das Vorliegen berührter öffentlicher Interessen im Sachentscheid zu befinden und nicht bei der formellen Frage des einzuschlagenden Verfahrens. Das in lit. d enthaltene Unterscheidungskriterium versagt deshalb für die Wahl des einzuschlagenden Verfahrens weitgehend. Zudem entfällt dann, wenn Ausnahmen nötig sind, eine wesentliche Vereinfachung im kleinen Verfahren, nämlich der Verzicht auf die Publikation und öffentliche Auflage des Baugesuchs (Art. 20/1 BewD). Die Unterschiede zwischen den beiden Verfahren sind deshalb, abgesehen von der Entscheidkompetenz, in solchen Fällen gering. Die Verwaltungspraxis tendiert darum dazu, immer das ordentliche Verfahren einzuschlagen, wenn eine Ausnahme nach Art. 24 BauG notwendig ist (415). Sie dient der Klarheit und Transparenz des Verwaltungshandelns und damit der Rechtssicherheit.
Die Kompetenzordnung ist sehr kompliziert. Art. 48/1/b BewD ordnet daher an, dass im Streitfall die Baudirektion das anwendbare Baubewilligungsverfahren zu bestimmen hat. Bei einer Revision des Baubewilligungsdekrets werden die verschiedenen unklaren Punkte besser geregelt werden müssen. Bis dahin gilt, zusammengefasst, für Bauvorhaben, welche einer Ausnahme nach Art. 24 bedürfen: *Die Baudirektion und die Landwirtschaftsdirektion entscheiden gemeinsam über die Ausnahme. Baubewilligungsbehörde ist immer der Regierungsstatthalter.*

8.12 DIE ORDNUNG FUER SEILBAHNEN, SKILIFTE UND DAMIT ZUSAMMENHAENGENDE HOCHBAUTEN IM BESONDEREN

Art. 6/1/a BewD hält fest, dass Bauten und Anlagen, die nach der eidgenössischen Gesetzgebung nicht der kantonalen Bauhoheit unterliegen, keiner Baubewilligung bedürfen. Damit entfällt auch das Erfordernis der Ausnahmebewilligung nach Art. 24 BauG. Es erscheint angezeigt, an dieser Stelle die Seilbahnen und Skilifte sowie die damit zusammenhängenden Hochbauten bezüglich der Bewilligungserfordernisse näher anzusehen, da hier konkurrierende Kompetenzen zwischen Bund und Kanton bestehen und ein wahres Dickicht von Bestimmungen gewachsen ist. Massgebend sind folgende bundesrechtlichen Erlasse:

a) Für *Seilbahnen*, welche den regelmässigen und periodischen Transport von Personen aufgrund eines Fahrplans und eines Tarifs besorgen, bedarf es einer Konzession im Sinn des Art. 3 Abs. 1 des Postverkehrsgesetzes vom 2.10.1924. Massgebende Ausführungserlasse sind die Verordnung betr. die Konzessionierung und die Kontrolle der Automobilunternehmungen, Aufzüge und Luftseilbahnen vom 18.9.1906 und die Verordnung über Bau und Betrieb von eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen vom 23.9.1963 (416). Wir stellen ein dreistufiges Verfahren fest, bis eine solche Bahn ihren Betrieb aufnehmen kann:

1. Das Verfahren zur Erteilung der *Konzession:* die betroffenen Kantonsregierungen und durch deren Vermittlung die Lokalbehörden sind vor der Konzessionserteilung anzuhören (Art. 3 Abs. 1 KonzessionV).

415 Siegenthaler, MbVR 71 (1973) N 78 S. 171f.

416 Postverkehrsgesetz SR 783.0, KonzessionsV, SeilbahnV SR 743.11 und 12

2. Das *Plangenehmigungsverfahren* für die Erstellung, Anschaffung oder Aenderung der dem Betrieb der Seilbahnen dienenden Anlagen, Fahrzeuge und Einrichtungen. Die Genehmigung der Pläne gilt als Baubewilligung (Art. 4 SeilbahnV).

3. Neue oder geänderte Anlagen, Fahrzeuge und Einrichtungen dürfen erst nach erteilter *Betriebsbewilligung* durch die Aufsichtsbehörde in Dienst genommen werden (Art. 6 SeilbahnV).

Daraus sind zwei Folgerungen zu ziehen:

- Für die Betriebsanlagen von eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen ist die kantonale Baubewilligungskompetenz ausgeschlossen. Der Kanton und die betroffenen Gemeinden können sich nur im Konzessionsverfahren beteiligen.

- Soweit mit dem Bau der Anlagen betriebsfremde Bauten verknüpft sind, wie Bergrestaurants oder Verkaufsläden, ist hierfür ein kantonales Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Dies stellt denn auch die herrschende Verwaltungspraxis dar (417).

b) Die *Ausnahmen von der eidgenössischen Konzessionspflicht* sind in der Verordnung über die Luftseilbahnen mit Personenbeförderung ohne Bundeskonzession und über die Skilifte vom 22.3.1972 umschrieben (418). Gemäss Art. 1 fallen darunter:

   - Luftseilbahnen mit regelmässiger, aber nicht gewerbsmässiger Personenbeförderung sowie solche, die einem Nichttransportgewerbe als notwendiger Hilfsbetrieb dienen,

   - der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung dienende Skilifte, Klein- und Ausstellungsluftseilbahnen,

   - Kleinskilifte ohne feste Anlagen zur regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung.

Für weitergehende Einzelheiten sei auf den Text der Verordnung verwiesen. Art. 9 umschreibt die Voraussetzungen für den Bau und Betrieb solcher Anlagen mit Ausschluss der Kleinskilifte. Lit. c verlangt, dass sie einem Bedürfnis entsprechen müssen. Die Frage, ob diese Vorschrift einer eingehenden Ueberprüfung auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit, insbesondere im Hinblick auf die Handels- und Gewerbefreiheit, standhalten würde, möchte ich bloss aufwerfen und offen lassen. Art. 16 bestimmt, dass die Kantone über die Erteilung von Bewilligungen für den Bau und den Betrieb der Klein- und Ausstellungsluftseilbahnen sowie für die Skilifte entscheiden. Gemäss Art. 17 kann das eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement eingreifen, wenn Bundesinteressen verletzt werden. Dazu werden die Landesverteidigung, die Forstpolizei, die Raumplanung, die wesentliche Konkurrenzierung einer von Bund oder Kanton konzessionierten Transportunternehmung gerechnet (Art. 9, a, b der Verordnung). Art. 18 verpflichtet die Kantone, das Bewilligungsverfahren zu ordnen und eine einzige Instanz für die Erteilung, Aenderung oder Erneuerung sowie für den Widerruf von Bewilligungen zu bezeichnen. Hierzu hatten sich eine Reihe von Kantonen, so auch Bern, bereits am 15.10.1951 zum Konkordat über die

417 Gleich verhält es sich beim Bau von Anlagen nach dem Eisenbahngesetz vom 20.12.1957 (Zaugg, N 20 zu Art. 1 BauG)

418 SR 743.21

nicht eidgenössische konzessionierten Seilbahnen und Skilifte zusammengeschlossen (419). Es erfasst auch die Kleinskilifte (Art. 2 Abs 1 des Konkordats). Das Verfahren ist in zwei Schritte aufgeteilt, nämlich in das Baubewilligungs- und in das Betriebsbewilligungsverfahren. Die derzeitige bernische Verwaltungspraxis geht dahin, für die betriebstechnischen Belange eine Bewilligung durch das kantonale Verkehrsamt zu erteilen und für die bau- und planungsrechtlichen Belange ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Das widerspricht dem Art. 18 der Verordnung, welche eine einzige kantonale Bewilligungsinstanz und damit eine einheitliche Bewilligung verlangt.

c) Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Verordnung über subventionierte Luftseilbahnen mit Personenbeförderung ohne Bundeskonzession vom 24.10.1961 verwiesen (420), welche zusätzliche Vorschriften für Anlagen enthält, die aufgrund der Landwirtschafts- oder der Forstpolizeigesetzgebung vom Bund subventioniert werden.

8.2 Hinweise zum Ausnahmebewilligungsverfahren

Die einzelnen Stadien des Baubewilligungsverfahrens sind in den Art. 10 - 34 BewD eingehend geregelt. Ich verweise für Einzelheiten auf den Dekretstext. Ist das Verfahren vor der Gemeindebaupolizeibehörde abgeschlossen, so überweist sie die Bau- und Ausnahmgesuchsakten dem Regierungsstatthalter, der sie mit seiner eigenen Stellungnahme der Baudirektion zustellt. Federführende und koordinierende Amtsstelle innerhalb der Baudirektion ist das Planungsamt. Es holt die für die Fällung der Ausnahmeentscheide notwendigen Mitberichte ein und bereitet die Ausnahmeentscheide der Direktion vor. Das Verfahren hat sich nach dem Gesetz über Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens vom 7.6.1970 (DelG) zu richten. Auch hier sei auf den Gesetzestext verwiesen. Gemäss Art. 31/1 BewD ist über Ausnahmegesuche "ohne Verzug soweit zu befinden, dass der Bauentscheid getroffen werden kann". Trotz dieser Ordnungsvorschrift, die zur Eile mahnt, bedarf die sorgfältige Vorbereitung eines Ausnahmeentscheides nach Art. 24 vielfach erheblich Zeit, und zwar deshalb, weil fast immer ein Mitberichtsverfahren durchgeführt werden muss. Es gewährleistet eine fachgerechte Prüfung der wichtigen Gründe und der allenfalls entgegenstehenden öffentlichen Interessen: Die Prüfung der wichtigen Gründe von Art. 24/2/b, c und d und der öffentlichen Interessen im Sinn von Art. 24/3/a BauG ist von der Landwirtschaftsdirektion vorzunehmen, die Interessen des Landschaftsschutzes sind von der Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder zu prüfen, die Fragen des Gewässerschutzes sind von der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft zu klären, zur Beurteilung der plangemässen baulichen Entwicklung der Gemeinde ist oft ein Bericht des Ortsplaners notwendig usw. Natürlich sind kaum jemals alle Fachstellen zur Vorbereitung eines Ausnahmeentscheides beizuziehen, besonders dann nicht, wenn es sich um offensichtlich aussichtslose Gesuche handelt. Ohne einen oder zwei Mitberichte

419 SR 743.22
420 SR 743.25

geht es jedoch selten ab. Notwendig ist vor allem eine enge Koordination mit dem Gewässerschutzentscheid, wie in Ziff. M.4 zu zeigen sein wird.

8.3 Der Ausnahmeentscheid

Der Ausnahmeentscheid nach Art. 24 und 47/2,3 BauG ist eine Verwaltungsverfügung. Darunter ist zu verstehen "eine autoritative Anordnung einer Verwaltungsbehörde, ergangen von Amtes wegen oder auf Antrag hin, durch welche in definitiver, für die Verwaltung wie für die übrigen beteiligten Parteien verbindlicher und erzwingbarer Weise die gegenseitigen Rechte oder Pflichten einer konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung geregelt werden" (421). Eine prägnante Fassung enthält Art. 10/2 des Gesetzes über Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens. Er bezeichnet Verwaltungsverfügungen als "Anordnung, die der Regelung eines Einzelfalles dienen". Eine inhaltlich gleiche Umschreibung findet sich in Art. 5 des BG über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968, jedoch vermehrt um eine Aufzählung und Einteilung der verschiedenen Arten von Verwaltungsverfügungen (422). Eine Verwaltungsverfügung, die von den beteiligten Parteien oder Adressaten nicht angefochten wird, erwächst in Rechtskraft. Sie kommt in ihren rechtlichen Wirkungen einem erstinstanzlichen Urteil gleich (423). Sie wird *formell* rechtskräftig, was bedeutet, dass sie nicht abgeändert werden kann und vollstreckbar wird. Sie erhält als zweites *materielle* Rechtskraft, was heisst, dass ein bezüglich Gegenstand und Adressat gleicher Sachverhalt nicht durch ein neues Verfahren anders geordnet werden kann (424).
Wie gesehen werden die Ausnahmeentscheide nach der Ordnung von Art. 47/3 BauG von der kantonalen Baudirektion "im Einvernehmen mit der kantonalen Landwirtschaftsdirektion" gefällt. Das bedeutet, dass für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung beide Direktionen zustimmen müssen. Lehnt eine Direktion die Ausnahme ab, ist eine Ausnahmeverweigerung auszusprechen (425). Je nach den zu beurteilenden Verhältnissen ist das Gewicht der Auffassungen der Direktionen verschieden. Sind Sanierungsfälle nach Art. 24/2/b zu beurteilen oder stehen der Erteilung einer Ausnahme überwiegend landwirtschaftliche Interessen nach Art. 24/3/a entgegen, so ist die Stellungnahme der Landwirtschaftsdirektion gewichtiger, in Fällen, da planerische Uebergangslösungen bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung gesucht werden, diejenige der Baudirektion. Zwischen den beiden Direktionen besteht die Uebereinkunft, dass zur Verkürzung des Ausnahmebewilligungsverfahrens auf den Bericht und Antrag der Landwirtschaftsdirektion dann verzichtet wird, wenn aussichtslose Gesuche zu entscheiden sind oder wenn es sich um solche handelt, bei denen ein wichtiger Grund vorliegt und Interessen der Land-

---

421 Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 11. Aehnlich Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 321 Bem. I S. 166. Die Verfügung wird auch als Verwaltungsakt bezeichnet, Grisel S. 191ff., 394f., 466ff., Forsthoff S. 188ff.

422 SR 172.021. Zur Klassifizierung der Ausnahmbewilligung vorn Ziff. J.4.3

423 Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 11 und 12 oben

424 ebenda S. 23

425 Zaugg, N 5 zu Art. 24 BauG

wirtschaft offensichtlich nicht betroffen werden. Die Direktionen sind nicht an die Anträge der Gemeindebaupolizeibehörden gebunden, denn sie haben über Ausnahmen von einer kantonalen Bauvorschrift zu entscheiden und nicht bloss von Gemeinden erteilte Ausnahmen von Gemeindebauvorschriften zu genehmigen (426).
Nach der Konzeption des Baugesetzes stellen Entscheide über Ausnahmen von Bau- und Planungsvorschriften keine selbständigen Verwaltungsverfügungen dar, sondern unselbständigen Zwischenentscheide. Sie bilden *Bestandteile der Bauentscheide der Baubewilligungsbehörden.* Art. 57/1 BauG bestimmt, dass der Entscheid über ein Baugesuch "die Beurteilung von Ausnahmebegehren" enthalten muss. Deshalb ist gemäss Art. 33/2/b BewD im Bauentscheid unter anderem über "die Erteilung oder die Verweigerung nachgesuchter Ausnahmebewilligungen" zu verfügen. Das gilt auch dann, wenn andere Behörden als die Baubewilligungsbehörden vorgängig über Ausnahmebegehren entscheiden müssen. Ihre Ausnahmeentscheide sind also in die Bauentscheide aufzunehmen oder mindestens zu deren Bestandteil zu erklären. Mit dieser "Einheit des Bauentscheids" soll dem Baugesuchsteller am Schluss des Baubewilligungsverfahrens ein einheitlicher Entscheid über alle bau- und planungsrechtlich wesentlichen Punkte vermittelt werden (427). Für Ausnahmen nach Art. 24 BauG gilt nichts anderes. Daraus lässt sich folgern:

- Mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Baubeschwerde ist nur der Gesamtentscheid anfechtbar, nicht aber ein Ausnahmeentscheid (428). Letzterer enthält deshalb keine Rechtsmittelbelehrung.

- Erteilt die Baudirektion eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24, so hat die Baubewilligungsbehörde anschliessend alle anderen bau- und planungsrechtlich massgebenden Fragen abzuklären und zu entscheiden, die nicht Gegenstand des Ausnahmeentscheids bildeten. Das betrifft zum Beispiel die Prüfung, ob die baupolizeilichen Masse nach den Vorschriften des Normalbaureglements oder des Gemeindebaureglements eingehalten sind. Eine Verweigerung der Baubewilligung trotz erteilter Ausnahme nach Art. 24 ist also nicht ausgeschlossen.

- Der Verweigerung einer Ausnahme nach Art. 24 kommt die Bedeutung eines Grundsatzentscheides zu, welcher der Baubewilligungsbehörde keine weitere Prüfungspflicht auferlegt, sondern sie verpflichtet, den Bauabschlag zu erklären (429).

Die Verwaltungspraxis strebt an, eine noch weitergehende Einheit in der Beurteilung nichtlandwirtschaftlicher Bauten im übrigen Gemeindegebiet herzustellen, und zwar auf dem Weg einer gleichgerichteten Bewilligungspraxis aller kantonalen Behörden, die sich mit solchen Bauvorhaben befassen müssen. Die Bauentscheide und die Entscheide über besondere Bewilligungen, wie sie in Art. 42 BewD zusammengestellt sind, sollen im Einzelfall möglichst alle gleich lauten. Das ist allerdings nur dann möglich, wenn auch die beson-

426 vorn Ziff. J.1.22, d

427 Zaugg N 1 zu Art. 57 BauG, Siegenthaler MbVR 71 (1973) N 80 S. 172, VGE i.S. Rudin vom 19.2.1973 E 4

428 Zaugg a.a.O., unten Ziff. 8.41

429 VGE i.S. Rudin vom 19.2.1973 E 4. Der Begriff des "Bauabschlags"ist eine weitverbreitete, plastische Bezeichnung für den Bauentscheid, der eine Baubewilligung verweigert (vgl. Art. 32/1/2. Satz BewD)

deren Bewilligungen nach Generalklauseln zu beurteilen sind, wie "wichtige Gründe", "sachlich begründetes Bedürfnis" und dergleichen. Dies trifft zu bei Ausnahmebewilligungen zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstands nach Art. 15/2 ForstG, für Zweckentfremdungs- und Zerstückelungsbewilligungen nach Art. 55 - 57 Meliorationsgesetz sowie für Gewässerschutzbewilligungen nach Art. 20 GSchG. Die Koordination wird durch das verwaltungsinterne Mitberichtsverfahren sowie durch eine interdirektoriale Konferenz, die grundsätzlich Fragen der Bewilligungspraxis sowie unklare Fälle behandelt, hergestellt. Einander widersprechende Entscheide können jedoch nicht immer ausgeschlossen werden, namentlich dann nicht, wenn zu einer Gesetzbestimmung bereits eine langjährige Praxis besteht, die nicht ohne weiteres aufgegeben werden kann.

8.4 Hinweise zu den Rechtsmitteln

8.41 DIE ORDENTLICHEN RECHTSMITTEL

Das ordentliche Rechtsmittel zur Anfechtung des Bauentscheids und damit eines Ausnahmeentscheids der Baudirektion ist gemäss Art. 57/2 BauG die Baubeschwerde an den Regierungsrat. Die Art. 35 - 37 BewD enthalten Ausführungsvorschriften, in Abs. 3 des Art. 37 wird auf die Anwendbarkeit des Verwaltungsrechtspflegegesetzes hingewiesen. Besonders anzumerken ist, dass, gestützt auf § 2 Abs. 1 ihres Organisationsdekrets vom 4.5.1955, die Justizdirektion die Instruktion für den Regierungsrat in Baubeschwerden zu übernehmen hat, wenn die Baudirektion im Baubewilligungsverfahren bereits als verfügende Behörde aufgetreten ist, wie eben in Entscheiden nach Art. 24 und 47 BauG. Anders wäre die Unabhängigkeit der Rekursinstanz in Frage gestellt. Gemäss Art. 36/2 BewD hat der Regierungsrat volle Kognition. Er prüft den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens frei und ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden. Sein Entscheid tritt an die Stelle des erstinstanzlichen Entscheids. Er kann anstelle der Baubewilligung eine Bauverweigerung aussprechen oder umgekehrt eine Ausnahme- und eine Baubewilligung erteilen. Er kann die Sache aber auch zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückweisen (430). Ist im erstinstanzlichen Verfahren eine Ausnahme nach Art. 24 abgelehnt worden und kommt der Regierungsrat zum Schluss, dass eine solche zu erteilen ist, so ist eine Zwischenlösung angezeigt, nämlich die Erteilung der Ausnahmebewilligung und die Rückweisung an die Baubewilligungsbehörde in den übrigen Punkten. Denn diese werden nicht geprüft worden sein, da die Baubewilligungsbehörde aufgrund der Ausnahmeverweigerung den Bauabschlag zu erklären hatte (431).
Gemäss Art. 57/3 BauG sind Entscheide des Regierungsrats innert 30 Tagen an das Verwaltungsgericht weiterziehbar. Die Kognition des Verwaltungsgerichts ist auf die Rechtskontrolle beschränkt. Dazu gehört die Kontrolle des den Verwaltungsbehörden zustehenden Ermessens auf dessen Ueberschreitung oder Missbrauch hin. Die

---

430 Art. 82/3 VRPG, Siegenthaler MbVR 70 (1972) N 119 S. 239f.
431 In diesem Sinn RRB Nr. 3364/1974

Zweckmässigkeitskontrolle ist ausgeschlossen (432).
Da die Begriffe des wichtigen Grundes und der entgegenstehenden öffentlichen Interessen als unbestimmte Gesetzesbegriffe gelten, besteht für deren Auslegung die unbeschränkte Ueberprüfungsbefugnis (433).
Gegen die Urteile des Verwaltungsgerichts stehen dem Bauherrn nur beschränkte Weiterzugsmöglichkeiten an das Bundesgericht offen, nämlich die staatsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 84ff. des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943/20.12.20.12.1968 (434).

8.42 RECHTSBEHELFE

In der Verwaltungspraxis hat sich das Fehlen eines Einspracheverfahrens gegen Ausnahmeentscheide der Baudirektion als nachteilig erwiesen. Es bestünde darin, dass die verfügende Behörde mittels Einsprache angehalten wird, ihre Verfügung zu überprüfen und einen neuen Entscheid, den Einspracheentscheid, zu treffen. Er wäre Voraussetzung für ein Anfechtungsverfahren vor der oberen Instanz (435). Art. 15/2 DelG schliesst dieses Einspracheverfahren für das Baubewilligungsverfahren aus. Es widerspräche der Konzeption der Einheit des Bauentscheids, die keine selbständigen Ausnahmeentscheide kennt. Nun kommt es aber vor, dass sich in Baubeschwerdeverfahren die Unhaltbarkeit der Ausnahmeverweigerung im erstinstanzlichen Verfahren zeigt, und zwar gerade aus Gründen, wie sie für die Einführung des Einspracheverfahrens im bernischen Verwaltungsverfahren vorgebracht wurden (436): Sie können in ungenügenden Abklärungen der Verwaltungsbehörden oder in mangelhaften Darstellungen und Angaben des Baugesuchstellers zum Sachverhalt oder in dessen unrichtiger rechtlichen Würdigung anlässlich des ersten Entscheids liegen. Das erstaunt im Hinblick auf die Neuheit der Materie und der in ihr enthaltenen staats- und gesellschaftspolitischen Brisanz nicht, besonders weil kurz hintereinander zwei Gesetze, die sich mit nicht ganz deckungsgleichen Mitteln den gleichen Problemen widmen, in Kraft treten, das Baugesetz und das Gewässerschutzgesetz. Die Baudirektion greift in solchen Fällen zum Rechtsbehelf der Wiedererwägung (437). Sie hebt ihren ersten Entscheid auf und setzt einen neuen an seine Stelle. Dann weist sie die Baubewilligungsbehörde an, ihren Entscheid ebenfalls zu überprüfen und, sofern die übrigen bau- und planungsrechtlichen Punkte in Ordnung sind, die Baubewilligung zu erteilen. Sobald diese rechtskräftig geworden ist, kann die Baubeschwerde abgeschrieben werden. Eine derart zustandegekommene Baubewilligung

---

432 MbVR 69 (1971) S. 458, Siegenthaler ebenda 70 (1972) N 123 S. 240f., 71 (1973) N 169 S. 226f., VGE vom 28.1.1974 i.S. Gaechter E 5, Zaugg N 15 zu Art. 57 BauG

433 vorn Ziff. J.1.5 und der in Anm. 432 zit. VGE

434 SR 173.110

435 Art. 12, 16 DelG

436 Botschaft des Grossen Rates zur kant. Volksabstimmung vom 7.6.1970 S. 46

437 MbVR 69 (1971) S. 456ff., Siegenthaler ebenda 70 (1972) N 70a S. 187

kann ihrerseits wieder mit Beschwerde angefochten werden, zum Beispiel wenn sie Nebenbestimmungen enthält, die den Baugesuchsteller beschweren, wenn eine Einsprache abgewiesen oder ein Antrag der Gemeindebaupolizeibehörde nicht berücksichtigt wird. Der massgebende Zeitunkt, bis zu dem eine Wiedererwägung zulässig ist, dürfte die Abgabe einer Vernehmlassung an die instruierende Justizdirektion zu Handen des Regierungsrats sein (438). Für die Kostenregelung beim Wiedererwägungsentscheid wird mangels einer gesetzlichen Vorschrift der Art. 13 DelG per analogiam herangezogen. Er bestimmt, dass für Einspracheentscheide Verfahrenskosten nur gesprochen werden, wenn mutwillig oder trölerisch Einsprache erhoben wurde - was in unserem Zusammenhang gerade nicht zutrifft -, und dass Parteikosten in der Regel keine gesprochen werden. Für die Kostenliquidation des Baubeschwerdeverfahrens ist zu differenzieren. Zieht der Beschwerdeführer nach erteilter Baubewilligung die Beschwerde zurück, so wird er gemäss Art. 53/2 VRPG kostenpflichtig. Das gleiche gilt, wenn er mit einem neben der Baubeschwerde eingereichten Wiedererwägungsgesuch an die Baudirektion Erfolg hat (439). Zieht die Baudirektion im Verlauf des Beschwerdeverfahrens ihre erste Ausnahmeverfügung von sich aus in Wiedererwägung, so ist die Beschwerde als gegenstandslos zu betrachten, und die Kostenpflicht beurteilt sich nach der materiellen Rechtslage (440). Als Grundsatz kann gelten, dass der Staat kostenpflichtig wird, wenn die Bau- oder die Landwirtschaftdirektion im Verlauf des Beschwerdeverfahrens infolge einer neuen rechtlichen Würdigung desselben Sachverhalts oder wegen offensichtlich ungenügender Abklärungen des Sachverhalts im erstinstanzlichen Verfahren -was einen Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz bedeutet (441)-, zu einem Wiedererwägungsentscheid gelangen. Das bedeutet, dass der Staat gemäss Art. 86f. VRPG die Verfahrenskosten zu tragen hat und dem Beschwerdeführer eine Parteikostenentschädigung leisten muss (442). In den übrigen Fällen, so bei mangelhafter Begründung des Ausnahmegesuchs (443), beim Auftreten neuer, unbekannter Tatsachen und Umstände (444) oder bei Abänderungen des Bauprojekts durch den Bauherrn, welche den Wiedererwägungsentscheid beeinflussen (445) können dem Beschwerdeführer Verfahrenskosten auferlegt werden, und er hat seine Parteikosten selber zu tragen.

Wiedererwägungsgesuche, die anstelle der Beschwerde oder nach Ablauf der Beschwerdefrist an die Baubewilligungsbehörden oder an die Baudirektion gerichtet werden, sind nach den Voraussetzungen für das

---

438 MbVR 69 (1971) S. 457f. Art. 58/1 des BG über das Verwaltungsverfahren enthält diese Lösung ausdrücklich

439 MbVR a.a.O. S. 454f., Siegenthaler ebenda N 137 S. 287

440 MbVR a.a.O. S. 454, Gygi/Stucki N 1 zu Art. 22 VRPG, Siegenthaler MbVR 71 (1973) N 178 S. 228

441 Art. 5 DelG, Gygi/Stucki N 4 der Vorbemerkung zu Art. 34 VRPG

442 Gygi/Stucki N 1 zu Art. 87 VRPG

443 Art. 7 DelG verpflichtet die Parteien, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. Dazu gehört u.a. eine eingehende Begründung des Ausnahmegesuchs (Gygi/Stucki, N 4 al.2 der Vorbemerkungen zu Art. 34VRPG).

444 Siegenthaler MbVR 71 (1973) N 175 S. 227f.

445 ebenda 69 (1971) N 136 S. 287, 70 (1972) N 128 S. 242, 71 (1973) N 174 S. 227

Neue Recht zu behandeln (446).

8.5 Zur Einsprache- und Beschwerdebefugnis im besonderen

Art. 54 BauG lautet:

> [1]Bau- und Ausnahmegesuche sind nach den Bestimmungen des Baubewilligungsdekrets zu veröffentlichen oder denjenigen, die davon betroffen sein könnten, unter Hinweis auf das Recht zur Einsprache mitzuteilen.
>
> [2]Zur Einsprache ist befugt, wer ein eigenes, durch das öffentliche Recht geschütztes Interesse hat, sich dem Bauvorhaben zu widersetzen.
>
> [3]Ausserdem sind einspracheberechtigt private Organisationen, denen nach ihren Statuten vornehmlich die Wahrung der von diesem Gesetz verfolgten Interessen, insbesondere des Natur- und Heimatschutzes, obliegt.

Eine präzisierende Vorschrift findet sich in Art. 24 BewD:

> Einspracheberechtigt sind:
>
> a Personen, die ein eigenes durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geschütztes Interesse haben, sich dem Bauvorhaben zu widersetzen,
>
> b private Organisationen, denen nach ihren Statuten vornehmlich die Wahrung der vom Baugesetz verfolgten Interessen, insbesondere des Natur- und Heimatschutzes, obliegt,
>
> c die Gemeindebehörden und die Verwaltungsorgane von Gemeindeverbindungen und des Staates zur Wahrung der ihnen anvertrauten öffentlichen Interessen.

Die Einsprachegründe sind in Art. 23 BewD umschrieben:

> [1]Mit der Einsprache gegen ein Bauvorhaben kann eingewendet werden, dieses widerspreche den öffentlich-rechtlichen Vorschriften.
>
> [2]Die Gemeinden, die Gemeindeverbindungen und die kantonale Baudirektion sind überdies befugt, mit der Einsprache das Fehlen genügender Bauvorschriften im Sinne von Art. 56 des Baugesetzes geltende zu machen.

Anhand dieser Bestimmungen soll im folgenden die Frage beantwortet werden, wer die Verletzung der in Art. 23 BauG enthaltenen Nutzungsvorschriften durch die Erteilung von Ausnahmen im Sinn von Art. 24 rügen kann.

---

446 Art. 75 VRPG, Gygi/Stucki N 2 dazu, Siegenthaler MbVR 69 (1971) N 150 S. 291f., 71 (1973) N 188 S. 274, Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 22ff., insbesondere Ziff. 3.7 S. 25 (in N 2 seines Kommentars zu Art. 75 VRPG lehnt er die Anwendbarkeit der Grundsätze des Neuen Rechts auf die Revision von Verfügungen noch ab).

8.51 DIE GEMEINDEBAUPOLIZEIBEHOERDE

Sie ist in jedem Baubewilligungsverfahren beteiligt und hat gemäss Art. 28/2 BewD ein Antragsrecht. Sie kann die Abweisung von Ausnahmegesuchen beantragen, indem sie das Vorhandensein eines wichtigen Grundes bestreitet oder den Nachweis erbringt, dass wesentliche öffentliche Interessen betroffen werden. Sie braucht ihre Einwände nicht in eine formelle Einsprache zu kleiden. Ein ablehnender Antrag an die Bewilligungsbehörden genügt, und zwar gemäss Art. 35/3/b BewD auch für die Beschwerdebefugnis im Fall, da dem Antrag im Bewilligungsverfahren nicht entsprochen wird (447).
Die Anträge der Gemeinden zu Art. 23 und 24 BauG sind von den Bewilligungsbehörden im Rahmen ihrer Ausnahmepraxis zu würdigen. Da es sich um die Konkretisierung kantonaler Vorschriften handelt, ist eine nach Gemeinden differenzierte Praxis nur insoweit zulässig, als sie sich durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt oder geboten ist. Das trifft beispielsweise für Art. 24/2/a bezüglich der Qualifikation einer Gegend, die wirtschaftlich auf den Fremdenverkehr angewiesen ist, zu. In Fällen, da der Gemeindebehörde besonders an der Abweisung von Ausnahmegesuchen gelegen ist, weil aus ihrer Sicht erhebliche öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen, aber gleichzeitig ein wichtiger Grund gegeben ist, kann sie zuverlässiger als durch einen ablehnenden Antrag das Bauvorhaben durch eine Einsprache nach Art. 56 BauG zu Fall bringen. Sie kann dann innerhalb der festgelegten Fristen neue Bauvorschriften erlassen, beispielsweise eine bloss als übriges Gemeindegebiet ausgewiesene schützenswerte Landschaft als Schutzgebiet gem. Art. 29 BauG mit vollständigem Verbot nichtlandwirtschaftlicher Bauten bezeichnen oder das zur Ueberbauung vorgesehene Grundstück in eine Freifläche gemäss Art. 27 BauG für die Errichtung eines öffentlichen Werkes einbeziehen.

8.52 DER NACHBAR

Kann der Nachbar in einem Baubewilligungsverfahren Einwände gegen die Erteilung von Ausnahmen nach Art. 24 BauG erheben? Seine Einsprachebefugnis richtet sich nach Art. 54/2 BauG und 24/a BewD. Diese Umschreibungen decken sich inhaltlich weitgehend mit derjenigen der Beschwerdebefugnis in Art. 35/3/a BewD, die sich ihrerseits an Art. 16/1 VRPG anlehnt, welcher lautet:

> Zur Beschwerdeführung beim Verwaltungsgericht ist befugt, wer an der Anfechtung des Verwaltungsentscheides ein schutzwürdiges Interesse dartut.

Die Verwaltungs- und die Rekurspraxis haben für die Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis des Nachbarn eine Reihe von Grundsätzen entwickelt. Dabei fällt auf, dass sich die veröffentlichte Praxis fast ausschliesslich auf die Beschwerdebefugnis bezieht. Es besteht aber keine Veranlassung, sie nicht auf das erstinstanzliche Ein-

---

447 Siegenthaler MbVR 71 (1973) N 134 S. 215, Zaugg N 8 c zu Art. 57 BauG, MbVR 58 (1960) S. 92, 64 (1966) S. 93 E.1

spracheverfahren zu übertragen (448). Der einzige Unterschied zwischen der Einsprache des Nachbars im Baubewilligungsverfahren und dem von ihm angestrebten Rekursverfahren liegt in der Natur der beiden Verfahren: im ersten widersetzt sich der Nachbar dem Bauvorhaben (vgl. Art. 24/a BewD) und damit dem Erlass einer ihn belastenden Verwaltungsverfügung, im zweiten ficht er den im Verwaltungsverfahren ergangenen Entscheid an (vgl. Art. 35/3/a BewD). Voraussetzung für die Erhebung der Baubeschwerde ist darüberhinaus, dass er im vorinstanzlichen Verfahren beteiligt war, es sei denn, er habe es aus triftigen Gründen unterlassen (449). Für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist ferner anzumerken, dass die Kognition beschränkt ist (450).

Im einzelnen handelt es sich um folgende Einsprache- bzw. Beschwerdevoraussetzungen:

a) Während längerer Zeit wurde der Nachbar nur dann als legitimiert angesehen, wenn er eine Vorschrift des Bau- und Planungsrechts anrufen konnte, die nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch ihn selber schützt. Die Norm musste "nachbarschützend" sein, d.h. die Interessen benachbarter Grundeigentümer oder anderer dinglich Berechtigter gegeneinander abgrenzen (451), als öffentlich-rechtliche in die nachbarrechtlichen Beziehungen eindringen (452). Massgebend war mithin die Schutzrichtung der Norm (453). Dabei war es oft schwierig, herauszufinden, ob eine Vorschrift eine solche Doppelfunktion bezweckt. Den Zonenvorschriften, welche bestimmen, was und wie in einer Zone gebaut werden kann, wurde sie im allgemeinen zuerkannt (454). Zu ihnen gehören die Bestimmungen über die zulässige Art der Nutzung, die Art und das Mass der zulässigen Immissionen sowie die baupolizeilichen Masse (Grenz- und Gebäudeabstände, Gebäudelänge und -höhe, Geschosszahl, Ausnützungsziffern etc.). Dagegen entschied der Regierungsrat, der Nachbar sei nicht befugt, die Verletzung der Vorschriften von Art. 23 und 24 BauG zu rügen (455). Diese Praxis ist vom Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 28.6.1974 i.S. Jacobi aufgegeben worden. Nach der verbindlichen Feststellung des Gerichts gilt die neue Praxis zur Legitimation des Nachbarn auch für das Baubewilligungsverfahren und für das Baubeschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat (455a) Die Beschwerdebefugnis richtet sich nicht mehr allein nach der -

---

448 zum Verhältnis von Einsprache- und Beschwerdebefugnis (Regierungsrat und Verwaltungsgericht) eingehend VGE, zit. in Anm. 455a

449 Siegenthaler MbVR 71 (1973) N 128, 129 S. 211f.

450 vorn Ziff. J.8.4. Für Einzelheiten Siegenthaler MbVR 70 (1972) N 101 S. 235f., 71 (1973) N 138ff. S. 215ff.

451 Siegenthaler MbVR 69 (1971) N 101 S. 276, 70 (1972) N 91 S. 230, 71 (1973) N 128 S. 211, Imboden, Verwaltungsrechtsprechung II Nr. 632 B Bem. VI. S. 677f.

452 Liver, Baurecht S. 19

453 VGE vom 28.6.1974 i.S. Jacobi, E I.1.6

454 Siegenthaler a.a.O. 70 (1972) N 94 S. 231, 71 (1973) N 132 S. 213, Zaugg N 7 a zu Art. 54 BauG, Liver, Baurecht S. 22, Wolfer S. 73ff., Imboden, a.a.O. Bem. IV.a S. 678

455 Siegenthaler a.a.O. 71 (1973) N 133 S. 214 unten, ferner Zaugg, N 3 zu Art. 24 BauG

455a Das Urteil ist publiziert in MbVR 72 (1974) S. Z 69ff und ZBl 75 (1974) S. 51 f

objektiv betrachteten- Schutzrichtung der angeblich verletzten Norm, sondern "in erster Linie nach dem wohlverstandenen subjektiven Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers ..." Entscheidend ist "... ob ihm bei vernünftiger Würdigung ein Interesse zugestanden werden muss, eine ihn berührende Verfügung anzufechten und die vorgetragene Rechtsbehauptung bestätigt zu bekommen. Dieses Interesse kann auch ein tatsächliches sein, sofern es die geforderte Intensität aufweist" (456). Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gem. Art. 16/1 VRPG ist somit *befugt, wer an der Anfechtung ein schutzwürdiges eigenes Interesse dartut.* Es kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Der Beschwerdeführer muss durch die angefochtene Verfügung "in höherem Mass als irgend jemand besonders und unmittelbar berührt" sein. Dadurch bleibt die Popularklage nach wie vor ausgeschlossen.

Für die Legitimation des *Nachbars* im Baueinsprache- und -beschwerdeverfahren ist damit der Unterschied zwischen Normen, die nur die Allgemeinheit, und solchen, die auch den Nachbarn schützen, hinfällig geworden. Immerhin sind, um der Nachbarklage nicht den Charakter der Popularklage zu geben, "an das Berührtsein des Nachbarn umso strengere Anforderungen zu stellen, je grösseres Gewicht den Interessen der Allgemeinheit im Rahmen der Auslegung der in Frage stehenden Baurechtsnorm beigemessen werden muss". Gestützt auf dieses Grundsatzurteil zog der Regierungsrat in RRB Nr. 4062/1974 den Schluss, dass es "einem Nachbarn nicht mehr grundsätzlich verwehrt ist, gegen die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 BauG Baubeschwerde zu führen. Er ist dazu vielmehr befugt, wenn er als Nachbar durch den Ausnahmeentscheid im erforderlichen Masse, d.h. intensiver als irgend jemand anderes bzw. die Allgemeinheit betroffen ist".

Neben der Nachbareigenschaft (hierzu unten lit. b) spielt die Intensität des Betroffen-Seins eine massgebliche Rolle. Bauvorhaben nach Art. 24 BauG werden Nachbarn treffen, welche ihre Grundstücke zonenkonform, insbesondere land- oder forstwirtschaftlich nutzen. Sie werden ihr Berührt-Sein in erster Linie mit den Einwänden substantiieren, welche bei der Behandlung von Art. 24/3/a BauG genannt wurden (oben Ziff. J.3.21). Betroffen können aber auch Nachbarn sein, welche ihr Grundstück anders nutzen. Der in RRB Nr. 4062/1974 als beschwerdebefugt angesehene Nachbar führte einen Handelsbetrieb mit Wohnwagen und erklärte, er würde durch den Lärm der auf dem Baugrundstück geplanten Karrosseriewerkstatt in den Verkaufsverhandlungen, welche im Freien stattfänden, gestört.

b) Das Grundstück des Nachbarn muss in einer genügend engen räumlichen Beziehung zur geplanten Baute oder Anlage stehen (457). Der Bereich umfasst das Gebiet, auf welches sich Beeinträchtigungen der behaupteten Art vernünftigerweise auswirken können (458). Wird eine Beeinträchtigung der landwirtschaftlichen Bodennutzung gerügt, so sind die Lage der Grundstücke zueinander, überhaupt die topografischen Verhältnisse entscheidend. Eine Entfernung von 45 m zwischen Nachbargrundstück und Baugrundstück wurde als genügend enge Beziehung für die Erhebung der Rüge mangelnder Zonenkonformität

---

456 Das Urteil nimmt Bezug auf Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 104ff., Grisel S. 477ff. sowie auf BGE 99 Ib 105

457 Siegenthaler, in MbVR gem. Anm. 451, VGE vom 28.6.1974 i.S. Jacobi, E I.2

458 Wolfer S. 114, Zimmerlin N 4 zu § 54 BO Aarau

des Bauvorhabens angesehen (459). Die Trennung der beiden Parzellen durch eine öffentliche Strasse wurde nicht als Hindernis für die Anerkennung der Nachbarschaft betrachtet (460).

c) Nach früherer Praxis war zur Einsprache und Beschwerde nur befugt, wer am Nachbargrundstück ein dingliches Recht hatte. Mieter und Pächter waren ausgeschlossen (461). Diese Praxis ist mit der neuen Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis nicht mehr zu vereinbaren. Mieter und Pächter sind allein oder neben dem dinglich Berechtigten zur Einsprache und Beschwerde zuzulassen, wenn sie in ihren rechtlichen und tatsächlichen Interessen genügend intensiv betroffen werden. Als Beispiel seien die Pächter landwirtschaftlicher Heimwesen angeführt. Sie sind es, welche die Nachteile benachbarter nichtlandwirtschaftlicher Bauten in erster Linie zu spüren bekommen.

d) Die Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis ist im Laufe des Instanzenzuges inbezug auf jeden instanzabschliessenden Entscheid neu zu prüfen (462). Es ist denkbar, dass ein Nachbar durch eine weitgehende Berücksichtigung seiner Einwände im Ausnahmeentscheid nicht mehr als beschwert erscheint, etwa wenn das vorgesehene Gebäude verschoben wird. Durch eine solche Standortverschiebung kann dagegen ein anderer Nachbar betroffen werden, der bis dahin keine Veranlassung hatte, Einsprache zu erheben (463).

In der Sache selbst kann der einsprechende bzw. beschwerdeführende Nachbar alles vorbringen, was seiner Ansicht nach gegen die Bewilligung der zonenfremden Baute spricht. Ist er Landwirt, wird er vorab eine Verletzung seiner durch die Nutzungsvorschriften des Art. 23 geschaffenen Rechtsstellung rügen; denn es gehört zu den wesentlichsten Aufgaben der Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet, gerade solche Rechtspositionen zu schützen. Er wird in erster Linie die Einwände vorbringen, wie wir sie bei der Behandlung des Art. 24/3/a BauG in Ziff. J.3.211 nannten.
In vielen Fällen wird das private Interesse eines Nachbarn an der Verhinderung einer Baute mit dem gleichgerichteten öffentlichen Interesse zusammenfallen. Auch dann ist eine Nachbareinsprache aber nicht überflüssig, verpflichtet sie doch die Behörden, der Recht- und der Zweckmässigkeit ihres Ausnahmeentscheids das nötige Gewicht beizumessen (464). Daneben sind Fälle denkbar, in denen die beiden Interessenlagen nicht zusammenfallen, etwa dann, wenn zur Vermeidung eines Streubaus und einer Landschaftsbeeinträchtigung ein Gebäude derart in eine bestehende Häusergruppe integriert werden soll, dass nun ein Landwirt in seiner Bodenbewirtschaftung oder in der Organisation seines Betriebsablaufs gestört wird (465).

---

459 Siegenthaler MbVR 71 (1973) N 129 S. 211
460 derselbe MbVR 70 (1972) N 92 S. 230, RRB Nr. 4062/1974
461 derselbe in MbVR gem. Anm. 451
462 derselbe in MbVR gem. Anm. 451, Gygi/Stucki N 3 zu Art. 71 VRPG
463 Siegenthaler MbVR 71 (1973) N 128 a.E. und 129 S. 211f., Gygi/Stucki N 3 zu Art. 71 VRPG
464 Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 106f.
465 vorn Ziff. J.4.2

Ihre Einsprachebefugnis ist in Art. 54/3 BauG und Art. 24/b BewD umschrieben. Bezüglich Ausnahmen nach Art. 24 BauG könnne Organisationen, welche sich mit dem Natur-, Landschafts- oder Ortsbildschutz befassen, die in Ziff. J.3.24 und 3.25 umschriebenen öffentlichen Interessen geltend machen. Da die Gesetzesbestimmung den Natur- und Heimatschutz nur als Beispiele der in Frage kommenden [illegible], kann auch andere Organisationen Einsprachebefugnis. So könnte eine Organisation, die sich mit dem Schutz des Bodens als landwirtschaftlicher Produktionsfaktor befasst, Einwände nach Art. 24/3/a BauG, eine solche, die sich mit der Orts-, Regional- oder Kantonsplanung befasst, Einwände nach Art. 24/3/b erheben. Als Beispiele wären die privatrechtlichen Planungsverbände im Sinn von Art. 86 und 90 BauG sowie die Kantonale Planungsgruppe zu nennen (466). Alle diese Organisationen sind befugt, Beschwerde beim Regierungsrat zu erheben. Dies schliesst Siegenthaler aus der vorbehaltlosen Fassung des Art. 57/2 BauG (467). Das gleiche dürfte für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gelten, denn Art. 57/3 BauG bestimmt ausdrücklich, dass "die Einsprecher" zur Beschwerde befugt sind. Ob das Verwaltungsgericht allerdings soweit gehen wird, ist auch nach dem Urteil vom 28.6.1974 i.S. Jacobi (Ziff. 8.52 oben) noch offen.

466 Als weiteres Beispiel nennt Siegenthaler einen Fischereiverband, anerkennt aber die Einsprachebefugnis eines Verkehrsvereins nicht, MbVR 71 (1973) N 136, 137 S. 215

467 ebenda N 137

Auskünfte und Vorbescheide, welche die Bau- und die Landwirtschaftdirektion auf *Voranfragen* betreffend die Ueberbaubarkeit einzelner Grundstücke erteilen, sind keine Verwaltungsverfügungen. Sie können also weder formelle noch materielle Rechtskraft erlangen (468). Sie entfalten einzig im Rahmen des Grundsatzes von Treu und Glauben, soweit er in der Verwaltungstätigkeit von Bedeutung ist, gewisse Wirkungen (469). Sie können deshalb auch nicht mit Beschwerde angefochten werden (470). Dem Grundeigentümer oder einem anderen Bauinteressenten, die einen verbindlichen, rekursfähigen Entscheid über die Ueberbaubarkeit eines Grundstücks wollen, bleibt daher nur der Weg des Baugesuchs, was die Ausarbeitung der in Art. 10 - 15 BewD verlangten Unterlagen, insbesondere der Projektpläne, erfordert. Dieser Weg kann kostspielig sein, besonders für Bauvorhaben von einer gewissen Grösse. Es wird deshalb die Auffassung vertreten, dass ein Institut zu schaffen ist, das schneller, einfacher und billiger eine verbindliche Antwort auf die grundsätzliche Frage der Ueberbaubarkeit von Grundstücken Auskunft gibt (471). An Versuchen, solche Zwitterdinge zu schaffen, die über die Wirkungen einer Auskunft hinausgehen, ohne das anschliessende ordentliche Baubewilligungsverfahren allzu stark zu präjudizieren, fehlt es nicht. So bestimmt § 13/3 BO Aarau vom 24.11.1959:

> In wichtigen Bausachen kann der Gemeinderat um einen Vorentscheid ersucht werden. Ein solcher bezieht sich nur auf allgemeine Fragen und ist für das spätere Baubewilligungsverfahren nicht verbindlich. Gegen Vorentscheide ist das Rechtsmittel der Beschwerde an den Regierungsrat gegeben.

Eine ähnliche Regelung enthalten die Art. 91 und 92 BauG SG, doch sind gemäss Art. 92/1 Vorbescheide nicht weiterziehbar. Art. 92/3 bestimmt, dass im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren vom Vorbescheid nur abgewichen werden darf, wenn wesentliche Tatsachen oder Erwägungen auftreten, die im Vorverfahren nicht oder nicht in ihrer vollen Auswirkung bekannt waren. Das bernische Baubewilligungsverfahren kennt keine solche Regelung. Die Baudirektion versuchte, Bescheide auf Voranfragen zu Art. 24 BauG in die Form von Verfügungen im Sinn von Art. 10 DelG zu kleiden und sie als beschwerdefähig zu erklären. Der Regierungsrat folgte dieser Auffassung nicht. In RRB Nr. 241 1973 erklärte er: Das Baubewilligungsdekret regelt das Verfahren abschliessend. Ein vom Baubewilligungsverfahren losgelöstes Ausnahmebewilligungsverfahren besteht nicht. Es würde die wichtigsten Grundsätze des Baubewilligungsverfahrens verletzen, insbesondere diejenigen der Publizität und des Einspracheverfahrens. Vorbescheide haben deshalb bloss den Charakter von Rechtsauskünften. Diese Auffassung ist richtig. Wie wir gesehen haben,

---

468 Imboden, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 321 Bem. IV S. 167, Grisel S. 192, 468, Forsthoff S. 191, Vollenweider S. 115

469 vorn Ziff. J.2.432

470 Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 102, Gygi/Stucki N II.4.c zu Art. 32 VRPG, Vollenweider S. 116

471 Vollenweider S. 113ff.

birgt fast jedes nichtlandwirtschaftliche Bauvorhaben im übrigen Gemeindegebiet eine Reihe von Konflikten in sich, so dass es verfehlt wäre, losgelöst von einem konkreten Bauprojekt Rechtsfragen in der Form verbindlicher Verfügungen zu beantworten. Die Bau- und Planungsbehörden aller Stufen müssen sich ein Bild davon machen können, was und wie gebaut werden soll, um einen sachgerechten Entscheid treffen zu können. Für eine vorläufige Beurteilung genügt die Möglichkeit, Rechtsauskünfte mit ihren beschränkten Wirkungen zu erteilen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Baubewilligungsverfahren ein vereinfachtes Institut zur Verfügung stellt, nämlich das *generelle Baugesuch*. Es ist in Art. 43 BewD geregelt. Es hat nur die Fragen der Einordnung des Bauwerks in die Umgebung und die Erschliessung der Baugrundstücke zum Gegenstand. Es kann für eine grössere Ueberbauung oder bei unklarer Rechtslage gestellt werden, jedoch nur mit Zustimmung der Gemeindebehörde. Die Einreichung von Detailplänen ist nicht erforderlich (472). Im übrigen richtet sich das Verfahren nach den Bestimmungen für das ordentliche Baugesuch, das heisst, es wird ein Publikations-, Auflage- und Einspracheverfahren durchgeführt. Die Zweckbestimmung des generellen Baugesuchs macht dieses Institut für Entscheide nach Art. 24 BauG nicht geeignet, denn hier soll ja in grundsätzlicherer Weise über Baumöglichkeiten entschieden werden. Die Einordnungs- und die Erschliessungsfragen sind zwar von erheblicher, aber sekundärer Bedeutung. Deshalb ist eine Ergänzung der Bauverordnung in Vorbereitung, die diese Lücke schliessen soll. Sie sieht vor, dass der Grundeigentümer oder der Bauherr die Frage der Freigabe eines im übrigen Gemeindegebiet gelegenen Grundstücks für ein nichtlandwirtschaftliches Bauvorhaben zum Gegenstand eines generellen Baugesuchs machen können, wenn die Einreichung eines vollständigen Baugesuchs nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Das Erfordernis der Zustimmung der Gemeindebehörde soll dabei wegfallen (472a).

9. ZUSAMMENFASSUNG VON ERGEBNISSEN

Die Ausnahmebestimmung des Art. 24 BauG ermöglicht es, in bestimmten Fällen von den in Art. 23 BauG enthaltenen Beschränkungen der Bodennutzung im übrigen Gemeindegebiet zu dispensieren, also Bauten zuzulassen, durch deren Erstellung die Nutzungsordnung für dieses Gebiet durchbrochen wird. Sie dient ferner dazu, standortgebundene, zonenkonforme nichtlandwirtschaftliche Bauten zu bewilligen.
Die topische Methode stellt ein brauchbares Instrument dar, um eine Auslegung zu entwicklen, welche den verschiedenartigen, einander widersprechenden Interessen an der Durchsetzung der Nutzungsordnung bzw. deren legaler Umgehung Rechnung trägt und einen gewissen Ausgleich gewährleistet. Nicht zu diesem Ziel führt der Weg, bloss mit den beiden Kategorien des unbestimmten Gesetzbegriffes und des Ermessens zu arbeiten, da sie im vorgegebenen Problemkreis nicht scharf genug voneinander getrennt werden können.
Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung sind:

- das Vorliegen eines wichtigen Grundes,

---

472 Zaugg N 4 zu Art. 53 BauG sowie der Dekretstext

472a vgl. nun Art. 157a BauV

- das Fehlen von wesentlichen Beeinträchtigungen öffentlicher Interessen.

Wir können verschiedene Reihen von Gesichtspunkten zu den wichtigen Gründen und zu den öffentlichen Interessen aufstellen:

1. Gesichtspunkte, welche wichtige Gründe für die Erteilung von Ausnahmebewilligungen darstellen. Hierher gehören vorerst die in den lit. a - d des Art. 24/2 umschriebenen Tatbestände. Sie führen zu einer Reihe von Auslegungsproblemen, die an dieser Stelle nicht wiederholt seien. Dazu treten verschiedene in der Praxis entwickelte Gruppen von Tatbeständen:

- Die Erstellung nichtlandwirtschaftlicher Bauten, die ihrer Zweckbestimmung wegen im übrigen Gemeindegebiet zugelassen werden müssen und damit standortgebunden sind.
- Die Zulassung von Bauten, die der Strukturverbesserung des ländlichen Raumes dienen.
- Bauliche Erweiterungen und Aenderungen sowie Zweckänderungen verschiedener Arten an bzw. von bereits bestehenden landwirtschaftlichen und nichtlandwirtschaftlichen Bauten.
- Notlösungen, die sich aufdrängen, um die bauliche Entwicklung von Gemeinden, die die Ortsplanung erstmals durchführen oder revidieren, in der Plaungsphase dort nicht einzuschränken, wo keine zwingenden Gründe dagegen sprechen.
- Härtefälle im eigentlichen Sinn, die in den persönlichen Verhältnissen der Bauherren liegen und oft mit anderen ungewöhnlichen, von ihnen nicht zu verantwortenden Umständen verknüpft sind.

Daraus erhellt, dass der Art. 24 nicht ausschliesslich eine klassische Ausnahmebestimmung des Baurechts ist, die dazu dient, Härtesituationen gerecht zu werden und geringfügige Abweichungen von Bauvorschriften zu sanktionieren, sondern weit gewichtigere Durchbrechungen der gesetzlichen Nutzungsordnung für bestimmte Teile des Gemeindegebiets ermöglicht. In solchen Fällen kann von "Härtesituationen" höchstens in einem sehr allgemeinen und weitgefassten Sinn gesprochen werden, etwa einer Gegend (Entwicklung des Tourismus), einer Bevölkerungsschicht oder eines Berufsstandes (Landwirtschaft) usw. Dabei können Ungleichheiten in der Behandlung von Grundeigentümern entstehen, deren Rechtfertigung oftmals auf schwachen Füssen steht. Anstatt von Härtesituationen wird besser davon gesprochen, dass öffentliche Interessen sich zu wichtigen Gründen verdichten können, wie die Förderung des Fremdenverkehrs, die Erhaltung einer leistungsfähigen Landwirtschaft, die Aufrechterhaltung eines lebensfähigen ländlichen Raumes, die Bewahrung von wertvollen Werken bäuerlicher Baukunst, die Sicherstellung einer massvollen baulichen Entwicklung während einer längerdauernden Planungsphase. Die Ausnahmebestimmung des Art. 24 nimmt damit eine eigentümliche Zwitterstellung zwischen der Ausnahmebewilligung als Instrument des Baurechts und den Instrumenten des Raumplanungsrechts, insbesondere des Zonen- und des Erschliessungsplans ein. Dies kommt auch in der Stellung des Art. 24 im Gesetz zum Ausdruck. Er befindet sich im zweiten Abschnitt über die Gemeindebauvorschriften und hier im Unterabschnitt über den Zonenplan, während sich ein eigener

Abschnitt (Art. 46ff.) ausschliesslich und allgemein mit der Ausnahmebewilligung im Sinn des Baurechts befasst.

2. Gesichtspunkte, welche keine wichtigen Gründe für die Erteilung von Ausnahmebewilligungen darstellen. Wir haben sie in Ziff. 2.31 - 2.37 dargestellt. Sie vermögen die Qualifikation des wichtigen Grundes nicht zu erreichen

- weil sie zuwenig Gewicht haben, um die Durchbrechung der Nutzungsordnung zu rechtfertigen,
- weil sie oft derart allgemein sind, dass bei ihrer Anerkennung als wichtiger Grund eine wirkungsvolle Durchsetzung dieser Ordnung ernsthaft in Frage gestellt würde.

3. Gesichtspunkte, welche durch Art. 24 zu schützende oder zu verwirklichende öffentliche Interessen darstellen. Als solche gelten diejenigen, die Gegenstände der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung sind. Sie müssen direkt oder indirekt in einem sachlichen Zusammenhang zur Trennung von Bau- und übrigem Gebiet und zur Nutzungsordnung für das letztere stehen. Das Gesetz nennt in den lit. a + b des Art. 24/3 zwei solche Interessen, die landwirtschaftliche Bodennutzung einschliesslich des bäuerlichen Grundbesitzes sowie die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde. Weitere wichtige Interessen sind die Erschliessung, der Landschaftsschutz und der Schutz von Erholungsgebieten. In einzelnen Sachgebieten haben das Bau- und das Planungsrecht und damit auch der Art. 24 vorwiegend Verstärkungsfunktion gegenüber den spezielleren Gesetzgebungen. Dies betrifft vor allem die Erhaltung der Landwirtschaft, des Bauernstandes und des Waldes sowie gewisse Bestandteile der Erschliessung wie die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigung.

4. Von untergeordneter Bedeutung sind die Gesichtspunkte, welche durch Art. 24 nicht erfasste öffentliche Interessen oder überhaupt keine öffentlichen Interessen darstellen.

Die gefundenen und geordneten Gesichtspunkte zu den wichtigen Gründen und zu den öffentlichen Interessen sind im Einzelfall einander gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen, sofern nicht bereits feststeht, dass kein wichtiger Grund vorliegt bzw., wenn er gegeben ist, kein öffentliches Interesse betroffen wird. Bei solchen Interessenabwägungen sind oftmals die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere diejenigen des Verbots rechtsungleicher Behandlung und der Verhältnismässigkeit, beizuziehen. Die Gegenüberstellung und Interessenabwägung bezieht gleichzeitig die Zumessung der Rechtsfolge mit ein. Als Resultat erscheint zuletzt der materielle Entscheid über das Ausnahmbegehren.
Die Ausnahmebewilligung kann mit Nebenbestimmungen versehen werden, insbesondere solchen, die die Einhaltung der vorgegebenen Zweckbestimmung der Baute sichern, die Erschliessung des Baugrundstückes oder die Gestaltung und Einordnung des Bauwerks in die Umgebung betreffen.
Art. 24/4 schreibt vor, dass der Bauherr die notwendigen Erschliessungsanlagen selber auszuführen und zu unterhalten hat und die Kosten hierfür übernehmen muss. Die Vorschrift geht als lex specialis anderen Bestimmungen über die Erstellungs-, Unterhalts- und Kostenpflicht, beispielsweise des Wassernutungsgesetzes, vor. In der Praxis stösst die in Art. 24/4 fakultativ vorgesehene Ver-

knüpfung einer Ausnahmebewilligung mit einem Erschliessungsplan auf erhebliche Schwierigkeiten. Sie liegen in der verschiedenartigen rechtlichen Natur und Zweckbestimmung der beiden Institute sowie in den voneinander völlig getrennt ablaufenden Erlassverfahren begründet. Deshalb ist von dieser Möglichkeit bis heute kaum Gebrauch gemacht worden.
In formeller Hinsicht stellt der von der Baudirektion im Einverständnis mit der Landwirtschaftsdirektion zu treffende Ausnahmeentscheid nach Art. 24 eine Verwaltungsverfügung dar. Sie weist die Besonderheit auf, dass sie unselbständig ist. Sie wird zum Bestandteil des Bauentscheids der Baubewilligungsbehörde. Sie kann nur mit diesem zusammen angefochten werden, und zwar beim Regierungsrat. Dessen Entscheide können an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Ein vom Baubewilligungsverfahren losgelöstes Ausnahmbewilligungsverfahren besteht nicht, ebensowenig das Institut des mit einer formellen Verwaltungsverfügung abzuschliessende Vorbescheidverfahrens. Möglich sind ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens einzig Rechtsauskünfte der zuständigen kantonalen Direktionen mit den Wirkungen, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben fliessen. Anstelle des ausgeschlossenen Einspracheverfahrens im Sinn von Art. 10 DelG behelfen sich die zuständigen Direktionen bei Entscheiden nach Art. 24 und 47 BauG mit dem Rechtsbehelf der Wiedererwägung, wenn sich im Verlauf eines Beschwerdeverfahrens oder auf entsprechendes Gesuch hin zeigt, dass der getroffene Ausnahmeentscheid offensichtlich nicht oder nicht mehr haltbar ist.
Zur Rüge der mangelnden Zonenkonformität einsprache- und beschwerdeberechtigt sind die Gemeindebaupolizeibehörden, die Nachbarn, sofern sie in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen intensiv berührt werden, und die privaten Organisationen, die sich mit der Wahrung der vom Gesetz verfolgten Interessen befassen.

K Die Ferienhauszone nach Art. 24 und 25 BauG

1. ZWECK UND BEDEUTUNG

Art. 25/1 BauG ermächtigt die Gemeinden, in Ueberbauungsplänen bestimmt umgrenzte Teile des übrigen Gemeindegebiets für den Bau von Ferien- und Wochendendhäusern freizugeben, sofern die Voraussetzungen des Art. 24 erfüllt sind. Das Marginale sowie die Absätze 2 und 3 bezeichnen diese Gebiete als Ferienhauszonen. Der Zweck des Instituts liegt darin, den Bau von Ferien- und Wochenendhäusern in hierzu geeigneten Gebieten an bestimmte Standorte zu konzentrieren und nicht wahllos überall zuzulassen, etwa mittels Ausnahmebewilligungen gestützt auf Art. 24/2/a. Damit soll ein Beitrag zur Eindämmung der Streubauweise geleistet werden. Die Ferienhauszone ist als Planungsinstrument zur Verwirklichung der im übrigen Gemeindegebiet grundsätzlich zulässigen Erholungsnutzung anzusehen (473). Die Formulierung der Gesetzesbestimmung bringt denn auch zum Ausdruck, dass Ferienhauszonen *keine Bauzonen* im Sinn von Art. 21 BauG, sondern *Teile des übrigen Gemeindegebiets* darstellen (474). Das wird dadurch verdeutlicht, dass für den Erlass solcher Zonen die Voraussetzungen des Art. 24 erfüllt sein müssen. In der Verwaltungspraxis erweist sich allerdings, dass es sich hier weitgehend um eine Fiktion des Gesetzgebers handelt. Wo Ferienhauszonen geschaffen werden, erhalten sie den Charakter eigentlicher Bauzonen. Sie werden lückenlos überbaut und können zu eigentlichen Siedlungen anwachsen. Das weitherum bekannt gewordene Feriendorf Eywald in der Gemeinde Rüschegg (475) umfasst auf gedrängtem Raum über 100 Ferienhäuser, ein Hotel und verschiedene Sportanlagen. Dieses Beispiel zeigt aber auch, dass Ferienhauszonen abseits der Siedlungsgebiete liegen und vorzüglich als Ausgangspunkte für Aktivitäten der Ferienerholung dienen können. Solche Beispiele sind allerdings recht selten. Häufiger werden Ferienhauszonen in Gebieten bezeichnet, die bereits mit Ferien- oder Wohnhäusern durchsetzt sind und unmittelbar an die bestehenden Siedlungen anschliessen. Dies ist bei der ausgeprägten Streubauweise gerade in den traditionellen Fremdenverkehrsgebieten nicht erstaunlich. Die Gemeinden sind bestrebt, Ferienhaussiedlungen in solchen Gebieten zu konzentrieren und nicht in landschaftlich intakte, baulich noch unberührte Gegenden zu verlegen. Das führt natürlicherweise dazu, dass Bauten in solchen Zonen oft zu dauernden Wohnzwecken benützt werden, vor allem von Pensionierten, aber auch von Ortsansässigen. Der wichtigste Unterschied zur gewöhnlichen Bauzone besteht in solchen Fällen darin, dass die Gemeinde die Erschliessung und die Kosten für öffentliche Dienste voll auf die Grundeigentümer überwälzen kann. Das macht die Bezeichnung von Ferienhauszonen denn auch interessant. Noch deutlicher kommt dies in der Regelung der Ferienhauszone im Raumplanungsgesetz vor Graubünden, das sich eng an das bernische Baugesetz anlehnt, zum Ausdruck. Art. 32 dieses

---

473 vorn Ziff. F. 4.4

474 Zaugg N 1 zu Art. 25 BauG

475 Ferienhauszonen vom 14.8.1972/13.8.1973 in der Form von Ueberbauungsplänen mit Sonderbauvorschriften

Gesetzes bestimmt unter anderem:

> Die Gemeinden können, sofern die Richtpläne es vorsehen, im übrigen Gemeindegebiet Bauentwicklungsgebiete, insbesondere für Ferienhäuser, näher bezeichnen und darin Bauten zulassen, wenn sie weder die Ortsplanung beeinträchtigen, noch der Gemeinde wegen der Erschliessung Kosten verursachen.

2. DIE FERIENHAUSZONE ALS GROSSE AUSNAHME UND ALS PLANUNGSINSTRUMENT

Da das Baugesetz die Ferienhauszonen als Teile des übrigen Gemeindegebiets betrachtet und ihre Zulässigkeit vom Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen des Art. 24 abhängig macht, stellt sich die Frage nach ihrer Einordnung in das System des Bau- und des Planungsrechts. Als Ansatzpunkt kann die von der bernischen Baurechtslehre und -praxis geschaffenen Konstruktion der "grossen Ausnahme" dienen. Als solche werden Spezial- oder Teilbauordnungen für bestimmte Gebiete angesehen, die mittels Ueberbauungs- oder Gestaltungsplänen und Sonderbauvorschriften von der baurechtlichen Grundordnung, wie sie in Baureglement und Zonenplan niedergelegt sind, abweichen. Sie kommen also durch Erlasse des Gemeindegesetzgebers zustande. Als "kleine Ausnahme" wird demgegenüber die Erteilung von Ausnahmebewilligungen in der Form von Verwaltungsverfügungen im Baubewilligungsverfahren bezeichnet (476). Wie Suter feststellt, stellt die vom Gemeindegesetzgeber geschaffene Sonderordnung zwar nicht Ausnahmerecht im formellen, wohl aber im materiellen Sinn dar, weil das Plangebiet von der sonst geltenden baurechtlichen Grundordnung ausgenommen wird (477).
Auf unseren Zusammenhang übertragen, wäre eine Ausnahmebewilligung gestützt auf Art. 24 BauG als kleine Ausnahme, der Erlass einer Ferienhauszone nach Art. 25 BauG als grosse Ausnahme zu betrachten. Indem einzelne Teile des übrigen Gemeindegebiets für den Bau von Ferienhäusern freigegeben werden, wird von der Grundordnung dieses Gebiets, wie sie in Art. 23 BauG niedergelegt ist, abgewichen. Für die materiellen Recht- und Zweckmässigkeitsvoraussetzungen der Ferienhauszone wird dabei auf Art. 24 zurückgegriffen: Sie kann nur ausgeschieden werden, wenn ein wichtiger Grund nachgewiesen wird und wenn keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegenstehen (478). Das unterstreicht die These, dass in materieller Hinsicht Ausnahmerecht geschaffen wird. Allerdings kann nicht übersehen werden, dass das Institut der Ferienhauszone, seiner raumplanerischen Bedeutung gemäss, klar zu den Planungsinstrumenten zu zählen ist. Es erlaubt, gekonnt eingesetzt, eine vorzügliche Steuerung des Ferien- und Zweitwohnungsbaus in Gebieten, in denen eine entsprechende Marktnachfrage besteht oder geschaffen werden soll. Im weiteren ist die Ferienhauszone in formeller Hinsicht ebenfalls eindeutig als Planungsinstrument zu qualifizieren, kann sie doch

476 Gygi, Expropriation S. 104, Zaugg N 2 zu Art. 39, N 3 der Vorbemerkungen zu Art. 46 - 50 BauG, Suter S. 83
477 Suter S. 87
478 Zaugg N 2 zu Art. 25 BauG

nur in Form eines Ueberbauungsplans ausgeschieden werden und wird, wie in Ziff. L.3.2 zu zeigen sein wird, oft in den Zonenplänen ausgewiesen.

3. DIE VORAUSSETZUNGEN FUER DIE AUSSCHEIDUNG VON FERIENHAUSZONEN

3.1 Der wichtige Grund

Als wichtiger Grund für die Ausscheidung von Ferienhauszonen ist die *touristische Entwicklung und Förderung von Gebieten, die wirtschaftlich auf den Fremdenverkehr angewiesen sind*, anzusehen. In Art. 24/2/a BauG wird für die Erstellung von Ferienhaussiedlungen ausdrücklich auf Art. 25 verwiesen. Die Frage, welche Gebiete als Fremdenverkehrsgebiete gelten, ist nach denselben Grundsätzen zu beantworten wie sie für Einzelobjekte aufgestellt wurden. Wir können deshalb auf unsere Ausführungen in Ziff. J.2.211 verweisen. Für das klassische Fremdenverkehrsgebiet des Kantons Bern, das Oberland, bietet der Nachweis und die Begründung, dass seine Gemeinden wirtschaftlich vom Tourismus sehr stark abhängig sind, keine besonderen Schwierigkeiten. Diese liegen hier vor allem darin, eine vernünftige Steuerung des Zweitwohnungsbaus zu erreichen (hierzu unten). Heikel wird die Beantwortung dieser Frage jedoch in Gebieten, die als touristische Entwicklungsgebiete bezeichnet werden. Hier sind die Aussagen der Planer auf der Stufe der Ortsplanung und der Regionalplanung oft eher unverbindlich. Der generelle Gesamtplan des Planungsverbandes der Region Burgdorf vom Juni 1973 erklärt zum Thema Ferientourismus (479): "Naturräumlich eignet sich der obere Teil der Region Burgdorf hervorragend als Ferienwohnungsgebiet. Die ästhetische Erscheinung der Landschaft wird als reizvoll empfunden. Klimatisch bietet das Molassehügelland auch im Herbst und Winter, im Gegensatz zum Mittelland, nebelfreie Tage. Weil der grösste Teil der Gebiete unter 1000 m Höhe liegt, ist die Schneesicherheit nicht gewährleistet, was bedeutet, dass Wintersportaktivitäten nur beschränkt möglich sind. Das bedeutet, dass Infra- und Suprastruktureinrichtungen, welche dem Wintersport dienen, nur in sehr beschränktem Mass realisierbar sind. Aus diesem Grund kann die Hotellerie weitgehend nur einsaisonal betrieben werden, was zu sehr niedrigen Bettenbelegungen führt, die keine neuen Hotelbauten rechtfertigen. Dieser Sachverhalt und die heutige Gästestruktur sowie die Einstellung der ansässigen Bewohner deuten auf gewisse Möglichkeiten im Rahmen des Hébergement complémentaire hin." Deshalb wird gefordert, an geeigneten Lagen Wochenend- und Ferienhauszonen zu schaffen, wobei Gebiete gewählt werden sollen, die landschaftlich attraktiv sind und gleichzeitig mit einer bestehenden Dorfsiedlung zusammenhängen. Letzteres deshalb, um die Erschliessung zu vereinfachen und einen Anreiz zur Benützung der im Ortskern gebotenen Dienstleistungen zu geben (480). Diese Ausführungen vermögen zwar Hinweise für die in Frage kommenden Gemeinden und die zu wählenden Standorte zu geben. Das ist für die einzelnen Ortsplanungen und für die zur Genehmigung der Zonen kompetenten kantonalen Behörden bereits von erheblicher

479 Ziff. 5.9.3 S. 19f.
480 Ziff. 5.9.1 S. 18

Bedeutung. Ob diese Gemeinden aus wirtschaftlicher Sicht wirklich Impulse durch den Fremdenverkehr benötigen, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Dies wäre nur mittels Untersuchungen der Bevölkerungs- und Wirtschaftsstruktur, ihrer bisherigen und voraussichtlichen Entwicklung möglich. Fehlt ein Träger, der in der Lage ist, solche Erhebungen und Prognosen anzustellen, wird die Beurteilung einzelner Ferienhauszonen erheblich schwieriger, jedenfalls solange auf kantonaler Ebene ein detailliertes Leitbild für die Erholung und den Fremdenverkehr fehlt. Wie soll etwa eine Ferienhaussiedlung, die mehrere hundert Häuser umfasst, beurteilt werden, wenn in der betreffenden Gemeinde keine Ortsplanung im Gang ist und ein Regionalplanungsverband fehlt? (481) Natürlich gibt es auch klare Fälle. Wochenend- oder Ferienhaussiedlungen auf der Menziwilegg in der Gemeinde Vechigen, am Wohlensee in der Gemeinde Wohlen bei Bern etc. könnten nicht mit der Begründung bewilligt werden, die Gemeinde sei auf den Fremdenverkehr angewiesen. Hiefür bedarf es keiner weitläufigen Untersuchung. Die landschaftliche Eignung eines Gebiets als Erholungsgebiet für Ferien oder regelmässige Wochenendaufenthalte genügt nicht, um als wichtiger Grund anerkannt zu werden. Damit sind wir bei der Frage angelangt, ob noch *andere Gründe* als die touristische Entwicklung *die Ausscheidung von Ferienhauszonen zu rechtfertigen vermögen*. Dies ist meines Erachtens nicht ausgeschlossen. Art. 25/1 verweist ohne Einschränkungen auf die Voraussetzungen des Art. 24. So ist denkbar, dass sich einige Landwirte, die ihre Betriebe rationalisieren müssen und die Voraussetzungen des Art. 24/2/b erfüllen, zusammenschliessen, eine Landumlegung durchführen und auf einem geeigneten Terrain eine Ferienhauszone ausscheiden lassen. Das gleiche ist für Bodenflächen möglich, die bei der Aufgabe eines nicht-existenzfähigen landwirtschaftsbetriebes der Landwirtschaft nicht mehr in vernünftiger Weise erhalten werden können (Art. 24/2/d). Schliesslich sind gewisse Formen von Erholungsaktivitäten, die sich bei uns eingebürgert haben, zu berücksichtigen. Ich denke an Wochenendhäuschen, die mit Schrebergärten kombiniert werden, oder an Campingplätze, die parzelliert und an Dauermieter abgegeben werden, welche sich nicht anderes als in einem Ferienhaus für lange Zeit hier einrichten. Solche Gebilde können in einem Ueberbauungsplan mit Sonderbauvorschriften zweckmässig geregelt werden, und zwar was ihr Standort, die Gestaltung der Häuschen, Wohnwagen und Mobilheime und die Erschliessung betrifft. In allen diesen Fällen ist das Element des wirtschaftlichen Nutzens für die Gemeinde keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Ferienhauszone. Deshalb können derart motivierte Zonen auch ausserhalb der Fremdenverkehrsgebiete ausgeschieden werden. Ihre Realisierung dürfte allerdings in vielen Fällen am Widerstand der ansässigen Bevölkerung und damit am Beschluss des zuständigen Gemeindeorgans scheitern.

3.2 Die entgegenstehenden öffentlichen Interessen

Auch hier kann grundsätzlich auf meine Ausführungen zu Art. 24 in Iff. 3.3.1 und 3.2 verwiesen werden. Allgemein muss festgehalten

481 Seit 1974 ist man hier ein gutes Stück weitergekommen dank dem BG über Investitionshilfe in Berggebieten vom 28.6.1974 (AS 1975 392), das als Voraussetzung für Investitionshilfen ein regionales Entwicklungskonzept verlangt. Ein solches wurde z.B. für das Obere Emmental vom Bund am 12.11.1975 genehmigt.

werden, dass eine wahllose Ausscheidung von Ferienhauszonen öffentliche Interessen erheblich stärker treffen kann als die Bewilligung einzelner Bauten.
In Gegenden, in denen das für die landwirtschaftliche Bodennutzung gut geeignete Land rar ist, geht es nicht an, gerade solches für die Ueberbauung mit Ferienhäusern herzugeben. In Gebirgslagen kann dies zu schweren Konflikten führen, denn bekanntlich eignet sich das flache oder nur schwach geneigte Land in den Talsohlen sowohl für die Landwirtschaft wie für Bauzwecke am besten.
Daraus erhellt, dass sich Ferienhauszonen unbedingt in eine wohldurchdachte Konzeption der Ortsplanung einfügen müssen. Erinnert sei an den oben zitierten Art. 31 RPG Graubünden, der als Voraussetzung für die Bezeichnung von Ferienhauszonen das Vorliegen einer entsprechenden Richtplanung verlangt. Das ist im bernischen Recht nicht anders, obschon in Art. 25 nicht ausdrücklich darauf verwiesen wird. Im Oberland ist dies denn auch erkannt worden. Es gibt nur wenige Gemeinden, die von der Durchführung der Ortsplanung dispensiert werden konnten. Es waren vornehmlich solche, die keine ins Gewicht fallende touristische Entwicklung hatten und auch keine haben werden, sofern sie sich nicht aktiv darum bemühen. Interessant ist, dass eine ganze Anzahl solcher Gemeinden die Ortsplanung durchführt und der Touristik-Planung als Entwicklungsplanung ein bedeutendes Gewicht beimisst. Die Probleme der Standorte, der Grösse und der Zahl der Ferienhauszonen müssen gründlich abgeklärt werden. Es wäre im Hinblick auf die Erschliessung, den Landschaftsschutz, den Landbedarf und der Nutzung der touristischen Infrastruktur und Ausrüstung unzweckmässig, die Ferienhauszonen regelmässig über das ganze Gemeindegebiet zu zerstreuen. In Gemeinden mit ausgesprochener und traditioneller Streubauweise wird zwar, schon der Grundeigentumsverhältnisse wegen, eine gewisse Streuung nicht zu umgehen sein. In Gemeinden mit relativ geschlossenen Siedlungen dürfte das von der Region Burgdorf vorgeschlagene Modell dagegen wegweisend sein. In jedem Falle sollten siedlungssoziologische Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Ist es besser, die Erholung suchende Bevölkerung von den ortsansässigen Einwohnern zu isolieren, oder sollte im Gegenteil eine Integration angestrebt werden? Ich kann an dieser Stelle diese Frage nur aufwerfen. Das von bestehenden Siedlungen vollständig isolierte Feriendorf Eywald Rüschegg könnte ein vorzügliches Studienobjekt abgeben. Die Streusiedlungen im Oberland dürften einer Integration günstiger sein als die geschlossenen Siedlungen im Jura. In beiden Fällen werden Vor- und Nachteile zu finden sein. Schwer abzuschätzen ist die Dimensionierung der Ferienhauszonen, ist doch eine zuverlässige Prognose über die Nachfrage nach Ferien- und Zweitwohnungen schwierig. Zur minimalen Ausdehnung ist zu bemerken, dass ein genaues Mass der unteren Grenze nicht angegeben werden kann. Immerhin könnten Zwerggebilde, die nur einige wenige Häuser aufnehmen können, nicht als zweckmässig bezeichnet werden (482). Denn eine grössere Zahl solcher Zonen würde den Vormarsch der Streubauweise nicht bremsen, der Gesetzeszweck könnte also nicht erreicht werden. Die erforderlichen Erschliessungsanlagen wären schlecht ausgenützt. Es würde ein Weg geöffnet, wirtschaftlich Privilegierten zum herrschaftlichen Ferien- und Ruhesitz im übrigen Gemeindegebiet zu verhelfen. Die Ferienhauszone soll im Endausbau als abgerundete, sich harmonisch in die Landschaft einfügende Siedlung erscheinen, was eine nicht zu karge

482 Beschluss der Baudirektion vom 5.4.1972 i.S. Teilrevision BR Saanen

Dimensionierung bedingt.
Die Erschliessung der Ferienhauszonen wirft oft schwierige technische, finanzielle und rechtliche Probleme auf. Wir werden noch näher auf sie eingehen.
Besondere Sorgfalt ist dem Landschaftsschutz und der Freihaltung von Erholungsgebieten zu widmen. Ohne gegenseitige Kompromisse wird es dabei nicht abgehen, denn die Standorte der Ferienhauszonen müssen einen gewissen Grad von landschaftlicher Attraktivität aufweisen, sonst besteht kein Interesse für ihre Ueberbauung. Es ist aber darauf zu achten, dass nicht die für die betreffende Gegend typischen und erhaltenswürdigen Landschaften überbaut werden. Das sind jeweils die grössten Trümpfe, welche die Gemeinde als Touristikzentrum für Erholungsaktivitäten aller Art vorzuweisen hat. Aussichtspunkte, See- und Flussufer und andere typische Landschaften müssen erhalten und mit der notwendigen touristischen Infrastruktur wie Wander- und Spazierwege, Skipisten etc. versehen werden, auch wenn sie nicht alle als Schutzgebiete gemäss Art. 29 BauG ausgeschieden, sondern im übrigen Gemeindegebiet belassen werden. Durch eine sorgfältige Ausgestaltung der Bauvorschriften für die Ferienhauszonen kann man eine befriedigende Bauweise erreichen. Das trägt wesentlich zur Bewahrung des Cachets eines Gebietes als Ferienlandschaft bei.

3.3 Der Ueberbauungsplan

Ferienhauszonen können nur durch Ueberbauungspläne ausgeschieden werden. In Ziff. D.4.16 stellte ich den Inhalt des Ueberbauungsplans kurz dar. Dient er für die Bezeichnung von Ferienhauszonen, so wird er in den meisten Fällen folgende Anordnungen enthalten müssen:

- Er legt den Perimeter des Ferienhausgebietes fest.
- Er enthält Baulinien.
- Er weist die erforderlichen Erschliessungsanlagen aus (Strassen, Gehwege, Wasserversorgung, Kanalisation, Elektrizität und Telefon).
- Allenfalls sind Frei- oder Grünflächen für Sportanlagen, Schutzgebiete oder Gefahrenzonen im Sinn der Art. 27 - 30 BauG zu bezeichnen (483).

Diese Anordnungen können entweder alle in einem einzigen Plan oder, besonders bei grösseren Zonen, die sich in Etappen einteilen lassen, in mehreren Plänen und in verschiedenen Planungsschritten getroffen werden (484):

- Zuerst wird in einem Ueberbauungsplan das Gebiet der Ferienhauszone abgegrenzt. In Sonderbauvorschriften werden Vorschriften über die Nutzung und die Bauweise in der Zone aufgestellt sowie deren Versorgung mit den in Abs. 2 des Art. 25 genannten öffentlichen Diensten geregelt.

483 Das kantonale Planungsamt hat im April 1973 einen Muster-Ueberbauungsplan herausgegeben.
484 Zaugg N 5 zu Art. 25 p

- In einem oder mehreren Erschliessungsplänen in der Form von Ueberbauungsplänen wird gleichzeitig oder später die "Basiserschliessung" festgelegt. Dieser Begriff kann aber nur insoweit herangezogen werden, als er dazu dienen soll, in technischer Sicht die Groberschliessung der Ferienhauszone zu bestimmen. Dazu gehören die Hauptstränge der Erschliessung, wie die Verbindungsstrassen und -leitungen mit den benachbarten Ortschaften und die Hauptverkehrsadern und die Hauptleitungen innerhalb der Zone selbst. Art. 136/2 BauV enthält Grundsätze über die Bestimmung der Basiserschliessung. Für die Erstellungs-, Unterhalts- und Kostenpflicht gelten dagegen die Grundsätze des Abs. 4 von Art. 24, d.h. Gemeinde und Staat dürfen nicht belastet werden.

- Schliesslich sind mittels Detailerschliessungsplänen die Anlagen der Feinerschliessung zu regeln, denn Art. 25/3 BauG ordnet für Ferienhauszonen die Detailplanpflicht im Sinn von Art. 73 BauG an (485). Der Hinweis auf den Detailerschliessungsplan ist im gleichen Sinn wie derjenige in Art. 24/4/2. Satz zu verstehen: Die Vorschriften für diesen Plan sind anwendbar, soweit nicht die Spezialbestimmung des Art. 24/4/1. Satz zur Anwendung gelangt, was vor allem bedeutet, dass Art. 78 BauG betreffend das Eigentum und den Unterhalt der Anlagen nicht wirksam wird (486).

3.4 Die Festlegung von Bauvorschriften für die Ferienhauszone

Im Gemeindebaureglement kann festgelegt werden, was und wie in den Ferienhauszonen gebaut werden kann. Es können die Bestimmungen einer Wohnzone, z.B. der ein- oder zweigeschossigen Zone W 1 oder W 2 anwendbar erklärt werden. Damit ist gleichzeitig die Nutzung der Zone festgelegt, indem nur Wohnhäuser zulässig sind, allenfalls Kleingewerbe für den täglichen Lebensbedarf der Siedlungsbewohner (487). Anstelle eines solchen Verweises können besondere Vorschriften geschaffen werden, doch müssen sie so gefasst sein, dass der Zweck der Zone auch verwirklicht werden kann. So dürften Gewerbebetriebe, die nicht den Zonenbewohnern dienen, nicht zugelassen sein.
Die Bauvorschriften für die Ferienhauszonen können aber auch von Fall zu Fall in Sonderbauvorschriften zum Ueberbaungsplan erlassen werden. Auch darin können die Vorschriften einer bestimmten Wohnzone anwendbar erklärt werden. Darüberhinaus kann man den spezifischen Bedürfnissen der Ferienhauszone Rechnung tragen, beispielsweise Gastwirtschaften und Sportanlagen zulassen. Scheidet eine Gemeinde mehrere Ferienhauszonen aus, ist davon abzuraten, überall wieder besondere Bauvorschriften zu erlassen. Die einheitliche Regelung im Baureglement verdient im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit den Vorzug. Es wird nicht besser gebaut, wenn die Vorschriften von Zone zu Zone wieder etwas anders lauten. Gelegentlich kann es vorkommen, dass die Verwirklichung eines besonderen Projekts nur mittels eines Gestaltungsplans möglich ist.

---

485 Zaugg N 2 c zu Art. 73 BauG

486 vorn Ziff. J.7.2

487 So gemäss Art. 27/1 Muster-Baureglement (hierzu hinten Ziff. L.2.2). Die baupolizeilichen Masse sind in Art. 34 Musterreglement enthalten.

Dies kann etwa für ein Feriendorf zutreffen, welches in seiner Anlage und Gestaltung über eine gewöhnliche Ansammlung einzelner Ferienhäuser hinausgelangen will, allenfalls ausgedehnte Gemeinschaftsanlagen, Hotels und dergleichen enthält und deshalb nach differenzierten Bauformen ruft. Es wird dann die für Ferienhaussiedlungen üblichen Bauvorschriften sprengen. Ein solcher Gestaltungsplan tritt ergänzend zum Ueberbauungsplan hinzu und bedarf meist eigener Sonderbauvorschriften (488).

3.5 Die Erschliessung und Versorgung der Ferienhauszone

3.51 DIE ERSCHLIESSUNG

Die Grundeigentümer der Zone haben gemäss Art. 24/4 BauG sämtliche Erschliessungsanlagen selber zu planen, zu erstellen und bezahlen. Die für Baupolizei und Planung zuständigen Gemeindebehörden haben die Aufsicht zu führen und die notwendigen Weisungen zu erteilen (Art. 60/1, 60/2/a, c, 67/2 BauG, Art. 47 BewD). Sie haben ein umfassendes Informationsrecht (Art. 69/2 BauG, Art. 15, 28/1 BewD). Eine enge Zusammenarbeit zwischen den Planern und Erstellern der Erschliessungsanlagen und den Gemeindebehörden ist also unerlässlich. Im Fall, dass keine Einigung erzielt wird, beispielsweise über die Führung von Strassen und Leitungen oder deren Dimensionierung, haben die Gemeindeorgane zu entscheiden. Zuletzt ist es das Organ, das zur Beschlussfassung über den Erschliessungsplan zuständig ist. Sind viele Grundeigentümer an der Ausscheidung einer Ferienhauszone interessiert, so wird ein privatrechtlicher Zusammenschluss nicht zu umgehen sein, damit die Gemeinschaft aktionsfähig wird und die kommunalen und kantonalen Behörden einen einzigen Verhandlungspartner haben. Dies ist besonders auch für den späteren Betrieb und Unterhalt der Erschliessungsanlagen von Bedeutung. Was die Anforderungen an die Erschliessungsanlagen im einzelnen betrifft, können wir auf unsere Ausführungen in den Ziff. J.3.23 und 7 verweisen. Die heikelsten Probleme wirft, wie die Praxis zeigt, die Errichtung von Ferienhauszonen in bereits teilweise überbautem Gebiet auf. Das Modell, dass in einem unüberbauten Gebiet eine neue Ferienhaussiedlung entsteht, kann nicht immer realisiert werden. Sehr oft, besonders in Gebieten mit traditioneller Streubauweise, sind innerhalb der künftigen Ferienhauszonenperimeter bereits einzelne Ferienhäuser oder Wohnbauten Einheimischer vorhanden, die von den neuen Anlagen profitieren können. Es stellt sich daher das Problem, ob sie verpflichtet werden können, sich an der Erschliessung zu beteiligen. Die Art. 24 und 25 BauG stellen hierfür jedoch keine Grundlage dar. Dagegen gibt es andere Möglichkeiten, sie in einem gewissen Rahmen beizuziehen:
Für die Neuerstellung oder den Ausbau von [illegible] können alle Grundeigentümer des Plangebiets zur Leistung von Grundeigentümerbeiträgen herangezogen werden, sofern die Gemeinde dies im Ausführungs- und Finanzbeschluss vorsieht (489). Dabei ist jeweils der Umstand

488 Für das Institut des Gestaltungsplans sei auf die Arbeit von Suter verwiesen. Das kantonale Planungsamt gab im April 1973 einen Muster-Gestaltungsplan mit Sonderbauvorschriften heraus.

489 Art. 41f. SBG, Dekret über die Erhebung von Beiträgen an die Strassenbaukosten der Gemeinden vom 17.9.1970, Zaugg N 4 zu Art. 108 BauG

Rechnung zu tragen, dass der Vorteil aus der neuen bzw. ausgebauten Strasse für die bestehenden Bauten meist geringer ist als für die neuen Häuser, was sich auf die Höhe der Beiträge auswirken muss. Diese Lösung ist für die Gemeinde meist nicht interessant, da sie sich dann selber an der Erschliessung der Ferienhauszone beteiligen muss: gemäss Art. 41/3 SBG hat sie mindestens 20 % der Kosten zu übernehmen. Sie kann das Bezugsrecht für Grundeigentümerbeiträge nicht an die bauwilligen Grundeigentümer abtreten. Beteiligt sie sich am Strassenbau nicht, so müssen sich also die Grundeigentümer damit abfinden, dass bestehende Wohnbauten von einem Strassenbau gratis profitieren können, wenn eine Strasse neu gebaut oder ausgebaut werden muss. Die Gemeinde kommt jedoch dann um eine wenigstens minimale Beteiligung nicht herum, wenn es sich um eine Gemeindestrasse im Sinn von Art. 9 SBG handelt, für die sie die Strassenbaulast trifft, und wenn, kumulativ, der Neu- oder Ausbau nicht ausschliesslich der neuen Ferienhauszone wegen notwendig ist (490). Für die Gemeinde günstiger sind die Verhältnisse für die Erstellung der *Wasserversorgung und der Kanalisation.* Gemäss Art. 110/1 und 3 WNG und Art. 5 KGV können solche Anlagen durch private Organisationen, z.B. Genossenschaften erstellt werden. Sie unterliegen den gleichen Vorschriften wie die Anlagen der Gemeinden. Das bedeutet, dass auch die Vorschriften über die Finanzierung anwendbar sind, was Art. 120/1 WNG und Art. 5/1 KGV ausdrücklich festhalten. Eine private Organisation zur Erschliessung einer Ferienhauszone mit Wasser und Kanalisation kann somit Gebühren gemäss Art. 125 WNG und Art. 90 KGV beziehen, und zwar auch von Eigentümern bestehender Gebäude, denn die Gebühren werden im Zeitpunkt geschuldet, da der Grundeigentümer von der Anlage profitieren kann, in der Regel also mit dem Anschluss seiner Liegenschaft an die Wasserversorgung oder an die Kanalisation (491). Aus der Gleichstellung der privaten Körperschaften mit den Gemeinden in Art. 5 KGV folgt, dass erstere auch berechtigt sind, Grundeigentümerbeiträge zu erheben. Diese Möglichkeit muss allerdings in den Statuten der Organisation ausdrücklich vorgesehen sein. Im weiteren können die Eigentümer bestehender Bauten ohne weiteres von der Benützung von Wasserversorgungen und Kanalisationen ausgeschlossen werden, wenn sie daran nichts bezahlen wollen, was bei der Strassenbenützung meist nicht möglich ist. Ein Kanalisationsanschluss wird aber immer erwünscht sein, da die neu zu erstellende Leitung entweder in die Gemeindekanalisation und anschliessend in die zentrale Abwasserreinigungsanlage oder in eine eigens für die Ferienhauszone zu schaffende Kläranlage führt. Der Anschluss bestehender Bauten bedeutet dann eine Verbesserung der Abwasserverhältnisse im betreffenden Gebiet und liegt im öffentlichen Interesse. Gemäss Art. 118 WNG und Art. 77ff. KGV können die Gemeinden und das kantonale Wasser- und Energiewirtschaftsamt ohne weiteres den Anschluss verfügen, wenn der Grundeigentümer hierzu nicht bereit ist. Art. 79/1 KGV auferlegt den Gemeinden sogar die Pflicht, bei Ferienhauszonen mit sanierungsbedürftigen Gebäuden im Einvernehmen mit dem kantonalen Wasser- und Energiewirtschaftsamt von sich aus auf Kosten der Grundeigentümer die Sanierung der Abwasserbeseitigung durchzuführen, wenn die ordnungsgemässe Durchführung seitens der Grundeigentümer nicht gewährleistet ist. Das gleiche gilt für den Betrieb und Unterhalt der Anlagen.

490 vorn Ziff. J.7.1

491 Art. 90/6, 7 KGV, Zaugg, Steuer, Gebühr und Vorzugslast, ZBl 74 (1973) S. 220

Wie verhält es sich, wenn sich die Ersteller der Erschliessungsanlagen ihrerseits weigern, die Eigentümer bestehender Gebäude daran zu beteiligen? Was die *Zufahrt* betrifft, so ist zu unterscheiden, ob es sich um eine reine Privatstrasse im Sinn von Art. 11/1 SGB oder um eine dem Gemeingebrauch gewidmete Privatstrasse, eine Gemeinde- oder Staatsstrasse handelt. Im ersten Fall brauchen die Ersteller die Strasse niemand anderem zu öffnen. Im zweiten Fall steht die Strasse den Eigentümern der bestehenden Gebäude im Rahmen des Gemeingebrauchs gemäss Art. 50 SBG offen, auch wenn sie keine Beiträge leisten. Für die *Wasserversorgung* fehlt eine klare gesetzliche Regelung. Wie gesehen (Ziff. J.7.1), muss die Gemeinde den Bauherren im übrigen Gemeindegebiet Wasser zur Verfügung stellen, sofern sie die Wasserversorgung des ganzen Gemeindegebiets durch Reglement zur öffentlichen Aufgabe gemacht hat. Holt die Erschliessungsgemeinschaft der Eigentümer in der Ferienhauszone das Wasser von einer Gemeindeleitung, so muss die Gemeinde meines Erachtens dafür sorgen, dass bestehende Gebäude an die neue Leitung angeschlossen werden können, wenn die bestehende Versorgung mit privatem Wasser ungenügend ist. Dies gehört zur Erfüllung der übernommenen Wasserversorgungspflicht. Fehlt diese und erstellt die Erschliessungsgemeinschaft eine eigene, vollständige Wasserversorgung, so erfüllt sie damit anstelle der Gemeinde für das betreffende Gebiet eine öffentliche Aufgabe (492). Da sie gemäss Art. 110/3 WNG den gleichen Vorschriften wie die Gemeinde unterliegt, obliegt ihr eine Belieferungspflicht, und zwar im Umfang des Art. 116 WNG (493). Danach ist die Erschliessungsgemeinschaft verpflichtet, nach Massgabe der verfügbaren Wassermenge Wasser an Dritte abzugeben. Mit der Unterstellung unter diese Vorschriften wird gleichzeitig die Kompetenz des Verwaltungsgerichts in Streitfällen um die Wasserlieferungspflicht begründet (Art. 116/3 WNG). Der Anschluss an die *Kanalisation* kann von der Gemeinde oder vom kantonalen Wasser- und Energiewirtschaftsamt ohne weiteres gegen den Willen der Erschliessungsgemeinschaft verfügt werden, natürlich mit entsprechenden finanziellen Leistungen des anschlusspflichtigen Grundeigentümers.
Häufig wird die Frage aufgeworfen, ob die ortsansässige Wohnbevölkerung im Perimeter einer Ferienhauszone von den zu erstellenden Erschliessungsanlagen profitieren kann, ohne so hoch mit Kosten wie die Ferienhauseigentümer belastet zu werden. Dies ist vorerst ein Problem der Verständigung zwischen Erschliessungsgemeinschaft, Gemeinde und den bereits ansässigen Bewohnern. Handelt es sich nur um wenige Wohnungen, wird sich relativ einfach eine Einigung herbeiführen lassen. Ist ein Gebiet stark mit Wohnbauten durchsetzt, so ist auf die Ausscheidung einer Ferienhauszone zu verzichten. Das Gebiet ist als Bauzone zu bezeichnen, womit die Gemeinde die Basiserschliessungspflicht trifft. Es geht nicht an, dass sie die Erschliessung von Teilen ihres effektiven Siedlungsgebietes durch Private sanieren lässt. Was die Abwasserbeseitigung betrifft, so besteht eine Sanierungspflicht der Gemeinde gemäss Art. 16 GSchG, Art. 11ff. AGSchV, Art. 19ff. KGV. Die Grundsätze zur Abgrenzung zwischen den öffentlichen und den privaten Sanierungsgebieten sind in den Art. 23 und 24 KGV enthalten. Schliesslich behelfen sich die Gemeinden gelegentlich damit, die bereits ansässigen Einwohner mit

492 MbVR 71 (1973) Nr. 9 S. 51, VGE vom 25.2.1974 i.S. Allg. Wasserwerkgenossenschaft Mürren (Gemeinde Lauterbrunnen), E.2 (publ. in MbVR 72 (1974) S. 299ff.)
493 VGE ebenda E.4.c

Beiträgen zu unterstützen, damit sie die notwendigen finanziellen Leistungen erbringen können. Dafür ist jedoch eine gesetzliche Grundlage in den Gemeindereglementen erforderlich. So sieht Art. 3 Abs.3 des Muster-Abwasserreglementes 1973/74 der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft vor, dass die Abwasserbeseitigung in Ferienhauszonen und in privaten Sanierungsgebieten zwar Sache der Grundeigentümer ist, dass es aber der Gemeinde frei steht, in Härtefällen angemessene Einzelbeiträge zu leisten.

3.52 DIE VERSORGUNG MIT OEFFENTLICHEN DIENSTEN

Art. 25/2 BauG nennt eine Reihe von Gegenständen, die durch Sonderbauvorschriften geregelt werden können, nämlich die Versorgung der Ferienhauszone mit öffentlichen Diensten wie Kehrichtabfuhr, Schneeräumung und Glatteisbekämpfung. Das Gesetz sieht folgende Möglichkeiten zur Regelung dieser Dienste vor:

Der *Ausschluss* der Ferienhauszone von der Versorgung durch die Gemeinde selber. Da diese Verrichtungen jedoch unentbehrlich sind, um Ordnung, Sicherheit und Gesundheit in den Ferienhauszonen zu sichern, ist als Gegenstück zu einem derartigen Ausschluss vorgesehen, dass die Grundeigentümer soweit nötig eigene Dienste zu organisieren, namentlich eine einwandfreie Kehrichtbeseitigung sicherzustellen haben. Die Aufstellung solcher Pflichten in den Sonderbauvorschriften sollte regelmässig mit der Pflicht verbunden werden, dass sich die Grundeigentümer in geeigneter Form hierzu zusammenschliessen, beispielsweise in einer einfachen Gesellschaft oder, wenn es der Umfang der Aufgaben rechtfertigt, zu einer Genossenschaft. Die Gemeindebehörde muss sich ein Mitwirkungsrecht bei der Organisation vorbehalten. Sie kann die Aufstellung eines Betriebsreglements verlangen, das sie genehmigt. Sonderbauvorschriften, die nur den Ausschluss der von der Gemeinde zu erbringenden Dienste, jedoch keine Ersatzlösung vorsehen, könnte die Genehmigung nicht erteilt werden.
Erklärt sich die Gemeinde bereit, diese Dienste selber zu erbringen, können sie von *besonderen Leistungen* der Grundeigentümer in der Zone abhängig gemacht werden. Darunter sind in erster Linie Geldleistungen zu verstehen. Sie sollen die vollen Kosten, die der Gemeinde durch die zusätzlichen Aufwendungen für die Ferienhauszone entstehen, decken. Höhere Belastungen, die dadurch im Vergleich mit denjenigen der Hauseigentümer im Baugebiet entstehen können, sind gerechtfertigt, weil die Ferienhauseigentümer in der Regel in der Gemeinde keinen Wohnsitz haben und deshalb ausser den geringen Liegenschaftssteuern keine allgemeinen Steuern bezahlen. Wo öffentliche Dienste, wie die Kehrichtabfuhr, für das ganze Gemeindegebiet kostendeckend durch Gebühren zu finanzieren sind (494), entstehen keine ungleichen Belastungen. Auf jeden Fall ist ausgeschlossen, von den Grundeigentümern in Ferienhauszonen finanzielle Leistungen zu fordern, die über die effektive Kostendeckung hinausgehen. Die Bestimmung darf nicht dazu missbraucht werden, zweckungebundene Gelder einzukassieren (495).

---

494 für die Abfallbeseitigung Art. 125 WNG, Art. 4 Muster-Abfallreglement 1973 der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft

495 VGE vom 25.2.1974 E.4.b

Die Versorgung der Ferienhauszonen kann anstatt in Sonderbauvorschriften auch in den besonderen Reglementen der Gemeinde, wie den Weg- oder Abfallreglementen geordnet werden, was von Vorteil ist, wenn eine Gemeinde über mehrere Ferienhauszonen verfügt. So sieht das Muster-Abfallreglement 1973 der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft in Art. 1 und 16 eine zweckmässige Ordnung vor. Sie wurde bereits in Ziff. J.7.1 am Ende dargestellt.

4. DIE UEBERPRUEFUNGSBEFUGNISSE DER GENEHMIGUNGSINSTANZ IM PLANERLASSVERFAHREN

Ueber das Verfahren zum Erlass von Ueberbauungsplänen wurde bereits in Ziff. E.3.8 gesprochen. An dieser Stelle ist nach dem Umfang der Prüfungspflichten der kantonalen Genehmigungsbehörden zu fragen. Für die Genehmigung zuständig ist gemäss Art. 44 BauG die Baudirektion. Zu beachten ist aber, dass der kantonale Landwirtschaftsdirektion das gleiche Mitbestimmungs- und Antragsrecht zukommt wie für die Gewährung einzelner Ausnahmen nach Art. 24 und 47/2,3 BauG. Diese Befugnis ist aus Art. 47/3 BauG abzuleiten, der Art. 25 ausdrücklich nennt. Dass die Befugnis der Landwirtschaftsdirektion in dieser Bestimmung und nicht in Art. 44 zu finden ist, erklärt sich aus der Auffassung, dass Ferienhauszonen grosse Ausnahmen von Art. 23 BauG darstellen.
Die Prüfung, ob für die Ausscheidung von Ferienhauszonen ein wichtiger Grund vorliegt und ob wesentliche öffentliche Interessen verletzt werden, erfolgt im Vorprüfungs- und im Genehmigungsverfahren der Ueberbauungspläne und nicht etwa erst im Baubewilligungsverfahren für die einzelnen Ferienhäuser. Sie ist eine solche der Rechtmässigkeit, da die beiden Begriffe als unbestimmte Gesetzbegriffe gelten. Die Genehmigungspraxis hat die Kriterien aufzustellen, nach denen zu beurteilen ist, ob eine Gemeinde wirtschaftlich auf den Fremdenverkehr angewiesen ist. Es ist zu prüfen, ob allenfalls ein anderer wichtiger Grund die Ausscheidung einer Ferienhauszone rechtfertigt. Rechtswidrig wäre es, an die Konkretisierung der wichtigen Gründe für Ferienhauszonen weniger strenge Massstäbe anzulegen als für einzelne Ausnahmegesuche im Baubewilligungsverfahren. In dieser weitgesteckten Prüfungsbefugnis liegt nur deshalb kein Widerspruch zum Institut der Plangenehmigung, weil sie Rechtsfragen betreffen. Dagegen geniessen die Gemeinden, die erwiesenermassen auf den Tourismus angewiesen sind, in allen Zweckmässigkeitsfragen wie der Wahl, der Anlage und der Dimensionierung der Ferienhauszonen den gleichen Entscheidungsspielraum wie für die Anlage der Bauzonen, vorbehältlich der Prüfung der entgegenstehenden öffentlichen Interessen bei den einzelnen Zonen.

5. PFLICHT DER GEMEINDE UND ANSPRUCH DES GRUNDEIGENTUEMERS AUF AUSSCHEIDUNG VON FERIENHAUSZONEN?

Im Gegensatz zur Verpflichtung zur Trennung des Baugebiets vom übrigen Gebiet statuiert das Baugesetz keine Pflicht zur Ausscheidung von Ferienhauszonen. Art. 25 ist eine Ermächtigungsvorschrift. Es dürfte beispielsweise schwierig sein, einer Gemeinde, die zweifel-

los auf den Fremdenverkehr angewiesen ist, zu untersagen, anstelle von Ferienhauszonen ihr Baugebiet so zu dimensionieren, dass auch die Nachfrage für Land zu Zwecken der Ferienhausüberbauung befriedigt werden kann (496). Wählt sie diesen Weg, wird ihr die zusätzliche Bezeichnung von Ferienhauszonen allerdings nicht auch noch zugestanden werden können (497). Aus der Sicht des Grundeigentümers dürfte diese Frage jedoch eher belanglos sein. Ihn interessiert, ob die Gemeinde nötigenfalls gezwungen werden kann, sein Land einer Ferienhauszone zuzuweisen. Da eine gesetzliche Verpflichtung zum Erlass solcher Zonen nicht besteht, ist die Gemeinde grundsätzlich frei, zu entscheiden, ob sie in ihrem Gebiet derartige Zonen will oder nicht. Hierüber entscheidet allein der Gemeindegesetzgeber. Für das übrige Gemeindegebiet gilt die Nutzungsordnung des Art. 23 BauG. Der Grundeigentümer hat keinen Anspruch, dass sein Land durch Ausscheidung als Ferienhauszone eine für ihn günstigere Ordnung erhält. Wir können diesen Fall mit demjenigen vergleichen, da ein Grundeigentümer in der Bauzone den Erlass von Gestaltungsplänen und Sonderbauvorschriften, etwa für Terrassenhäuser, anstrebt. Ein Anspruch auf Erlass solcher Sonderordnungen besteht nicht (498). Davon zu trennen ist die Frage, ob der Grundeigentümer die zuständigen Gemeindeorgane zwingen kann, die Frage zu behandeln und darüber Beschluss zu fassen. Zaugg verneint sie in Anlehnung an die Rekurspraxis des Regierungsrats im Planbeschwerdeverfahren (499), während Suter für den Erlass von Gestaltungsplänen einen solchen Behandlungsanspruch beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen bejaht (500). In bezug auf Ferienhauszonen muss er grundsätzlich abgelehnt werden. Es ist einzig Sache der Gemeindeorgane, zu beschliessen, ob die notwendige Vorbereitungshandlungen an die Hand genommen werden sollen, denn es handelt sich hier nicht um eine Gemeindeaufgabe, die gelöst werden muss (501). Dieser Grundsatz wird allerdings nicht immer durchgehalten werden können. Sieht das Baureglement die Ausscheidung von Ferienhauszonen ausdrücklich vor, was bei einer ausgesprochenen Fremdenverkehrsgemeinde denkbar ist, so müsste ein Behandlungsanspruch unter folgenden Voraussetzungen angenommen werden:

- Das Angebot an überbaubarem Land in Ferienhauszonen ist in der betreffenden Gemeinde offensichtlich ungenügend oder es fehlen solche Zonen überhaupt, und
- der vorgeschlagenen Ferienhauszone stehen nicht öffentliche Interessen offensichtlich in schwerwiegender Weise entgegen.

Ein gleicher Anspruch wäre auch anzunehmen, wenn die kantonalen Behörden in einem Baubewilligungsverfahren, beispielsweise für eine Anzahl Ferienhäuser, einzig deshalb eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 verweigern, weil die mit ihrer Realisierung zusammenhängen-

---

496 So sind im Zonenplan von Grindelwald vom 23.2.1974 keine Ferienhauszonen enthalten, dafür ausgedehnte Wohnzonen W 2.

497 Zaugg N 7 zu Art. 24 BauG

498 Zaugg N 1 zu Art. 39 BauG, Suter S. 139

499 a.a.O. sowie der in MbVR 63 (1965) Nr. 81 E.3 publizierte RRB.

500 a.a.O. S. 140

501 Suter begründet den Anspruch in bezug auf den Gestaltungsplan vorwiegend aus dessen spezieller Natur, die ihn von andern Planungsinstrumenten wie dem Zonen- oder dem Ueberbauungsplan unterscheidet.

den Fragen wie die Erschliessung, die baupolizeiliche Masse, die Bauästhetik usw. nur aufgrund eines Ueberbauungsplans mit Sonderbauvorschriften im Sinn von Art. 25 gelöst werden können (502). Eine blosse Meinungsäusserung der entscheidenden Instanzen würde für die Begründung des Behandlungsanspruchs jedoch nicht genügen, sondern es wäre eine ausdrückliche Anweisung an die Gemeindebehörden, ein solches Verfahren durchzuführen, notwendig. Auch sie vermöchte allerdings das Ergebnis der Gemeindeabstimmung nicht zu präjudizieren. Die Anweisung schlösse immerhin sinngemäss die Zusicherung mit ein, dass für das Bauobjekt grundsätzlich ein wichtiger Grund anerkannt wird und die Konflikte mit den entgegenstehenden öffentlichen Interessen als lösbar angesehen werden.
Dem Grundeigentümer bleibt daneben die Möglichkeit, mittels einer Gemeindeinitiative die Frage der Bezeichnung von Ferienhauszonen durch die zuständige Gemeindeorgane behandeln zu lassen (503). Da die Gemeindebürger in solchen Fragen meist zerstritten sind, dürfte die zwangsweise Durchsetzung des Behandlungsanspruchs sowie der Weg der Gemeindeinitiative wohl selten zum Erfolg führen, ganz abgesehen von den den kantonalen Behörden auferlegten weitgehenden Prüfungspflichten bei der Plangenehmigung. Meist dürfte die freiwillige und überzeugende Mitwirkung des Gemeinderats an einer Planung von Ferienhauszonen für deren Erfolg ausschlaggebend sein.

6. DIE BAUBEWILLIGUNG FUER BAUTEN IN FERIENHAUSZONEN UND DIE ETAPPIERUNG DER UEBERBAUUNG

6.1 Die Baubewilligung

Der Abs. 3 des Art. 25 bestimmt, dass eine Baubewilligung für Bauten in Ferienhauszonen erst erteilt werden darf, nachdem die Erschliessung der ganzen Zone in einem Detailerschliessungsplan festgelegt ist, und dass die darin vorgesehenen gemeinsamen Erschliessungsanlagen beim Beginn der Ueberbauung der Zone erstellt werden müssen. Diese Vorschriften bedeuten, dass die gesamte Planung der Ferienhauszone rechtskräftig sein muss, bevor mit ihrer Ueberbauung begonnen werden kann. Eine solche lückenlose Planung umfasst die Bezeichnung des Plangebiets, den Erlass von Nutzungs- und Bauvorschriften, die Planung der Grob- und Feinerschliessung und der Versorgung mit öffentlichen Diensten. Ob dies in einem einzigen Ueberbauungsplan geschieht, der sämtliche notwendigen Plananordnungen enthält und allenfalls mit Sonderbauvorschriften ergänzt wird, oder in mehreren Plänen mit oder ohne Sonderbauvorschriften, die je einzelne Gegenstände oder einzelne Sektoren des Plangebiets berühren, ist unerheblich (504). Dagegen wäre es nicht zulässig, vorerst nur die Detailerschliessung zu planen und diejenige der Basiserschliessung auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben.

---

502 ähnlich argumentiert VGE vom 28.1.1974 i.S. Gaechter E. 6 in bezug auf die Ausscheidung einer Bauzone in einem Gebiet, in dem von privater Seite unter altem Recht bereits gewisse Erschliessungen im Einverständnis mit der Gemeinde erstellt wurden.

503 Art. 86ff. Gemeindegesetz vom 20.3.1973, Suter S. 138

504 Zaugg N 5 zu Art. 25 BauG

Das Vorliegen einer rechtskräftigen Planung garantiert für sich allein die Realisierung der Erschliessung noch nicht. Das Gesetz verlangt deshalb, dass die in den Detailerschliessungsplänen vorgesehenen gemeinsamen Erschliessungsanlagen beim Beginn der Ueberbauung der Zone erstellt werden müssen. Dadurch soll vermieden werden, dass nach Fertigstellung der Ferienhäuser der mühsame Weg des Verwaltungszwangs eingeschlagen werden muss, um das Erstellen noch fehlender Erschliessungsanlagen durchzusetzen. Für die Erstellung der Hausanschlüsse, also der Erschliessungsanlagen auf dem Baugrundstück selber, gilt Art. 4 Abs. 1 BauG. Danach muss die Erschliessung auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes erstellt werden, und nur wenn besondere Verhältnisse es erfordern, bereits für den Baubeginn. Von dieser Ordnung kann nur abgewichen werden, wenn die Baudirektion eine entsprechende Ausnahmebewilligung erteilt. In Art. 47/2 BauG wird auf diese Möglichkeit hingewiesen. Ferner ist denkbar, dass die Baudirektion gestützt auf Art. 39/2/b BewD einem vorzeitigen Baubeginn zustimmt, was dann eintreten kann, wenn Ueberbauungspläne, Sonderbauvorschriften oder Detailerschliessungspläne zwar von der Gemeinde beschlossen, von der Baudirektion aus Gründen wie der Ueberlastung der Verwaltung und dergleichen aber noch nicht genehmigt werden können. Von beiden Befugnissen wird sie nur zurückhaltenden Gebrauch machen, nämlich einzig dann, wenn ausgeschlossen ist, dass durch die vorzeitige Erstellung einzelner Bauten polizeiwidrige Zustände entstehen oder die Durchsetzung der neuen Vorschriften erschwert wird.
Im Baubewilligungsverfahren für ein Objekt in der Ferienhauszone ist eine Ausnahmebewilligung im Sinn von Art. 24 BauG nicht mehr erforderlich. Sind die Voraussetzungen für die Erschliessung nicht gegeben, dispensiert die Baudirektion nicht von deren Einhaltung oder stimmt sie dem vorzeitigen Baubeginn nicht zu, so darf die Baubewilligung nicht erteilt werden. Es ist dann Sache des Grundeigentümers, dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Anlagen rechtlich gesichert und soweit vorgeschrieben erstellt werden. An die Gemeinde kann er sich dabei nur halten, wenn sie auf unzulässige Weise ein Planerlassverfahren verschleppt, wobei wie gesehen ein Anspruch auf Ausscheidung eines Gebietes als Ferienhauszone nicht besteht. Ist ein Gebiet bereits rechtswirksam als Ferienhauszone ausgeschieden worden, so ist allerdings die Gemeinde verpflichtet, die notwendigen Pläne für die Erschliessung zu erlassen. Geht es einzig um Anlagen der Detailerschliessung, so hat sich der bauwillige Grundeigentümer an die übrigen erschliessungspflichtigen Grundeigentümer zu halten, und zwar im Rahmen der Detailplangemeinschaft. Auch hier sind die Gemeindebehörden zur Mitwirkung verpflichtet. Das Verfahren ist in den Art. 139 - 142 BauV geregelt. Schliesslich ist noch auf Art. 8/3/c BewD hinzuweisen. Danach ist die ordentliche Baubewilligungskompetenz der Gemeinden, welche darüber verfügen, für Bauten in Ferienhauszonen ausgeschlossen, d.h. sie fällt regelmässig an den Regierungsstatthalter zurück.

6.2 Die Etappierung

Art. 25/3/3. Satz BauG bestimmt, dass die Ueberbauung der Ferienhauszone "etappenweise geordnet zu erfolgen" hat. Diese Bestimmung ist im Hinblick auf Ferienhauszonen grossen Umfangs erlassen worden.

Sie will erreichen, dass die Ueberbauung von einer Stelle ausgeht und sich planmässig über das Zonengebiet ausdehnt. Damit soll verhindert werden, "dass das Landschaftsbild beeinträchtigt und der landwirtschaftliche Boden verschwendet werden, im Fall die Ueberbauung nicht oder erst nach längerer Zeit zu Ende geführt werden sollte"(505). Die Bestimmung dient aber auch dazu, eine zu rasche bauliche Entwicklung zu verhindern und der Gemeinde die Möglichkeit zu verschaffen, mit den übrigen Aufgaben, die ihr mit der Eröffnung von Ferienhauszonen direkt oder indirekt zufallen, Schritt zu halten, z.B. öffentliche Dienste zu verbessern und auszubauen und touristische Infrastrukturleistungen bereit zu stellen. Ein legitimer Zweck der Etappierung liegt auch darin, eine gewisse Konstanz in der Beschäftigungslage des Baugewerbes zu erreichen. Es ist sinnlos, dieses Gewerbe im Hinblick auf eine vielleicht nur wenige Jahre dauernde Spitzentätigkeit zu unverhältnismässiger Expansion anzuspornen. Eine Strukturbereinigung ist später mit den Mitteln der Raumplanung kaum herzustellen, anders ausgedrückt, eine Bauwirtschaft mit brachliegender Kapazität wird mit Sicherheit einer ständigen Erweiterung der Ferienhauszonen rufen, auch wenn die Gemeinde einmal daran nicht mehr interessiert ist. Die Etappierung darf aber andererseits nicht dazu missbraucht werden, dass das einheimische Gewerbe von auswärtiger Konkurrenz geschützt wird, etwa dadurch, dass eine Bestimmung in den Sonderbauvorschriften die Berücksichtigung auswärtiger Unternehmer durch die Bauherren verbietet. Sie wäre mit der Handels- und Gewerbefreiheit unvereinbar.
Mit Zaugg bin ich der Meinung, dass in kleinen Ferienhauszonen eine Etappierung nicht notwendig ist (506). Es ist überflüssig, dass in Zonen, in denen vielleicht 12 Ferienhäuser Platz finden, die Reihenfolge der Erstellung bestimmt wird. Ob eine Etappierung sinnvoll ist, ist im Einzelfall anhand der örtlichen Verhältnisse und dem Grad der vorhandenen oder zur Ausführung gesicherten Erschliessungsanlagen zu entscheiden, und zwar in den Erschliessungsplänen, in den Sonderbauvorschriften oder allenfalls später durch Verfügungen der Baupolizeibehörden.

7. DIE PROVISORISCHE FERIENHAUSZONE

Die provisorische Ferienhauszone stellt wie die provisorische Abgrenzung des Baugebiets und die Ausnahmetatbestände, welche in Ziff. J.2.254 beschrieben sind, eine Uebergangslösung für Gemeinden dar, die im Begriff sind, ihre Ortsplanung durchzuführen. Sie ist im Baugesetz nicht ausdrücklich vorgesehen und nur aus der spezifischen Situation einiger Oberländer Gemeinden ohne Zonenplanung zu verstehen In diesen nebst der Landwirtschaft vornehmlich auf den Fremdenverkehr ausgerichteten Gemeinden entstanden unter der Herrschaft des BVG an vielen Stellen lockere Ferienhausüberbauungen, deren Ueberbauung beim Inkraftreten des Baugesetzes noch nicht abgeschlossen war. Die Gebiete wurden durch Private, sei es durch Bauunternehmer oder auf genossenschaftlicher Basis, mit den notwendigen Erschliessungsanlagen hinreichend erschlossen. In die provisorische Bauge-

505 Zaugg N6 zu Art. 25 BauG

506 ebenda

bietsabgrenzung konnten sie jedoch nicht einbezogen werden, da Art. 14/1/b und 15/3 BauG in Gemeinden ohne Zonenplan nur das von der Gemeinde erschlossene Land als Bauland anerkennen (507). Um die Bautätigkeit in diesen Gebieten bis zu ihrer formellen Ausscheidung als Ferienhauszone nach den Vorschriften des Art. 25 nicht vollständig zu stoppen, nahm die Baudirektion, sofern die Gemeinde dies ausdrücklich wünschte und die Voraussetzungen des Art. 24/2/a BauG erfüllte, nach den technischen Kriterien, wie sie für die provisorische Baugebietsabgrenzung gemäss Art. 114/1 BauV gelten, eine Abgrenzung dieser Ferienhausgebiete vor und bezeichnete sie als provisorische Ferienhauszonen. Innerhalb dieser Bereiche erteilt sie nun für die Erstellung einzelner Ferienhäuser Ausnahmebewilligungen nach Art. 24, bis ihre definitive Ausscheidung als Ferienhauszone nach Art. 25 erfolgt ist. Dabei auferlegt sie den Bauherren in Form von Auflagen die Verpflichtung, sich an einem später notwendig werdenden Ausbau von Erschliessungsanlagen oder an öffentlichen Diensten zu beteiligen.
Die provisorische Ferienhauszone hat nachträglich Eingang in Art. 21/1/b KGV gefunden. Sie gehört danach zu dem durch das GKP abgegrenzten Gebiet im Sinn von Art. 19 GSchG. Die Uebernahme ist rechtlich insofern misslungen, als das GKP grundsätzlich mit den Bauzonen identisch sein muss, die Ferienhauszonen aber, seien sie nun provisorisch oder definitiv festgelegt, als Teile des übrigen Gemeindegebiets gelten.
Dieses Vorgehen mag aus rechtlicher und planerischer Sicht ebenso anfechtbar sein wie andere Teile der Auslegungspraxis zu Art. 24 BauG. Es findet seine Rechtfertigung in der bereits mehrfach dargestellten schwierigen Situation, in der sich die mit der Einführung und Durchsetzung des revidierten Bau- und Planungsrechts betrauten Verwaltungsbehörder der Gemeinden und des Kantons befinden. Es geht darum, in einer mehrjährigen Uebergangszeit mit den Hypotheken, die altes Recht stehengelassen hat, zurecht zu kommen. Es wird einer späteren Arbeit obliegen, die Auswirkungen der beschriebenen Verwaltungspraxis auf den Erfolg der neuen Ortsplanungen zu untersuchen.

---

507 vorn Ziff. E.3.52; vgl. aber den in Ziff. E.3.522 erwähnte VGE vom 28.1.1974 i.S. Gaechter

L Gemeindebauvorschriften, die die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet berühren

1. DAS VERHAELTNIS DER ART. 23 - 25 BauG ZU DEN GEMEINDEBAUVORSCHRIFTEN

Im Gegensatz zu Art. 21 BauG, der von den Bauzonen handelt und den Gemeinden einen grossen Spielraum über die Art der Zonen und der Ausgestaltung der Zonenvorschriften einräumt (508), aber keine unmittelbar anwendbare Nutzungsvorschrift darstellt, sind die Vorschriften für das übrige Gemeindegebiet in Art. 23ff. *unmittelbar geltendes und anwendbares kantonales Recht.* Abs. 1 von Art. 23 bestimmt, was zum übrigen Gemeindegebiet gehört und statuiert, allerdings fragmentarisch, dessen Zweckbestimmung. Die Abs. 2 und 3 enthalten Bestimmungen über die zulässigen Bauten. Die Art. 24 und 25 umschreiben die Voraussetzungen, unter denen von den Zonenvorschriften abgewichen werden darf. Damit hat der kantonale Gesetzgeber *eine für das übrige Gebiet aller Gemeinden zwingende Ordnung* aufgestellt (509). Für Gemeindebauvorschriften, die sich mit dem übrigen Gemeindegebiet befassen, ist grundsätzlich kein Platz (510). Es gibt nun aber kaum ein Baureglement, das nicht dennoch eine oder mehrere Vorschriften über dieses Gebiet enthält. Sie sollen die kantonale Ordnung entweder *ergänzen* oder aber von ihr *abweichen.* Viele haben auch bloss hinweisenden Charakter, indem einfach auf die Geltung der Art. 23 - 25 BauG verwiesen wird. Den beiden erstgenannten Gruppen wollen wir im folgenden nachgehen.

2. ERGAENZENDE GEMEINDEBAUVORSCHRIFTEN

Als ergänzend können wir in unserem Zusammenhang eine Vorschrift bezeichnen, wenn sie zur kantonalen Ordnung hinzutritt und eine von dieser offengelassene Frage regelt, ohne dadurch den Gehalt der kantonalen Vorschriften zu ändern. Es handelt sich um die Ausfüllung eigentlicher Lücken in der Nutzungsordnung. Als Beispiel seien vorweg die baupolizeilichen Masse für die nach Art. 23 und 24 BauG zulässigen Bauten genannt. Hierüber bestimmt das Baugesetz selber nichts, sondern ermächtigt die Gemeinden in Art. 17/1 und 3 zum Erlass entsprechender Normen.
Diese Umschreibung lässt sich nicht ohne weiteres in das von der Staats- und Verwaltungsrechtslehre entwickelte System der Gesetze im materiellen Sinn einordnen. Es handelt sich nicht um eine Kompetenz zum Erlass von Ausführungsvorschriften im Sinn einer detaillierten und präzisieren Regelung der Gedanken der Gesetzesbestimmungen (511). So ist es den Gemeinden verwehrt, einzelne Begriffe

---

508 Zaugg N 2, 4 - 6 zu Art. 21 BauG
509 Zaugg N 3 der Vorbemerkungen zu Art. 1 - 12 BauG
510 Zaugg N 2 zu Art. 17 BauG
511 Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 235 S. 107ff., Aubert, Droit constitutionnel II No 1520, Grisel S. 82f., hinten Ziff. M.2.44

der Art. 23 - 25 näher zu umschreiben. Dies ist Sache des Regierungsrats als zuständige Behörde zum Erlass von Ausführungsvorschriften (512) und, was die Auslegung im Einzelfall betrifft, der zuständigen Behörden im Baubewilligungsverfahren. So musste die Baudirektion einer Gemeindebauvorschrift, die bestimmte, dass zwei projektierte Ferienhäuser als Ferienhauszone im Sinn von Art. 25 BauG gelten, die Genehmigung versagen (513). Eher kann von einer konkurrierenden Gesetzgebung im Sinne Auberts gesprochen werden (514): Die Gemeinden können die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet nur insoweit über die Art. 23 - 25 BauG hinaus ergänzen, als der kantonale Gesetzgeber, der hierfür grundsätzlich zuständig ist, seine Kompetenz nicht ausnützt, und selbstverständlich dürfen diese Gemeindebauvorschriften den kantonalen Bestimmungen nicht widersprechen. Der kantonale Gesetzgeber könnte selber über die noch nicht geregelten Gegenstände legiferieren. Dann entfielen allfällige Gemeindebauvorschriften zum gleichen Gegenstand. Dieser Mechanismus gibt sich zwanglos aus dem Umstand, dass das Bau- und Planungswesen zum übertragenen Wirkungskreis der Gemeinde gehört (515). Schwierig kann die Feststellung sein, ob der Baugesetzgeber einen Gegenstand abschliessend geregelt hat (516). Für die Nutzungsordnung des übrigen Gemeindegebiets lassen sich folgende Gegenstände als in diesem Sinn geordnet ansehen:

- Die zulässigen Bodennutzungen. Wie in Ziff. F.4 dargelegt, ist die Aufzählung in Art. 23/1 BauG nicht vollständig, sondern durch weitere Nutzungen zu ergänzen, die der Gesetzgeber stillschweigend als zulässig erachtet.
- Die zulässigen Bauten (Art. 23/2,3),
- Die Voraussetzungen, unter denen Ausnahmebewilligungen für weitere Bauten erteilt werden können (Art. 24).
- Die Voraussetzungen für die Bezeichnung von Ferienhauszonen (Art. 25).

Für die Gegenstände, welche nicht oder nicht abschliessend geregelt sind, lässt sich kein abschliessender Katalog aufstellen. Art. 17 BauG enthält neben dem Grundsatz, dass die Gemeinden entsprechend ihren Bedürfnissen im Baureglement oder in besonderen Reglementen Bestimmungen aufstellen sollen, einen ausgedehnten, nicht abschliessenden Katalog von Gegenständen, deren Regelung damit ausdrücklich delegiert ist. Darüberhinaus ist für jede Gemeindevorschrift gesondert zu prüfen, ob sie sich innerhalb dieses delegierten Ordnungsbereichs bewegt oder mit der kantonalen Ordnung in Widerspruch gerät. Davon zu trennen ist die Frage der Zweckmässigkeit, die solche Vorschriften für sich haben können oder die ihnen fehlen kann.

---

512 Art. 112/2/m BauG. eine solche Ausführungsvorschrift stellt der Art. 154 BauV dar, der sich mit den Angehörigen im Sinn von Art. 24/2/c BauG befasst, vgl. vorn Ziff. J.2.23

513 Beschluss der Baudirektion vom 5.4.1972 i.S. Teilrevision des BR Saanen

514 Droit constitutionnel I Nos 686ff.

515 vorn Ziff. D.3 und E.4.8

516 Aubert a.a.O. No 690

2.1 Das Normalbaureglement

Dieses Reglement, das im Verhältnis zu den Gemeindereglementen subsidiäre Wirkungen hat (517), enthält einige Beispiele dazu, welche Fragen einer ergänzenden Regelung durch Gemeindereglemente zugänglich sind:
Der Abschnitt III handelt von der im Gemeindegebiet zulässigen Nutzung. Art. 7 betrifft das Baugebiet, Art. 8 das übrige Gemeindegebiet. Die Abs. 1 und 3 enthalten blosse Hinweise auf die Art. 23 - 25 BauG. Abs. 2 enthält eine Regel über die beim Inkrafttreten des Reglements bestehenden nichtlandwirtschaftlichen Bauten. Sie lautet:

> Beim Inkrafttreten dieses Reglements bestehende nichtlandwirtschaftliche Bauten dürfen erneuert und, soweit dies aus betrieblichen Gründen notwendig ist, auch erweitert werden.

Die Erneuerungsbefugnis deckt sich mit Art. 23/3 BauG. Die Gesetzmässigkeit der Erweiterungsbefugnis ist umstritten, wie wir in Ziff. I.5.61 gesehen haben. In der Bestimmung fehlt ein Hinweis darauf, dass gemäss Art. 23/3 BauG bei all diesen Bauarbeiten an bestehenden Bauten die Zweckbestimmung gewahrt bleiben muss. Es ist klar, dass diese gesetzliche Beschränkung durch das Normalbaureglement nicht aufgehoben werden kann.
Art. 9/1 betrifft die Campingplätze, die Ablagerungen und die Materialentnahmestellen. Er lautet:

> Campingplätze, Ablagerungen, Materialentnahmestellen (Kies- und Lehmgruben usw.) und dergleichen dürfen nur dort angelegt oder wesentlich erweitert werden, wo sie die geordnete bauliche Entwicklung der Gemeinde nicht erheblich beeinträchtigen und den öffentlichen Verkehr nicht wesentlich behindern. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über den Landschaftsschutz (Art. 20) sowie Art. 59 des Strassenbaugesetzes (Bewilligung der Strassenaufsichtsbehörde).

Diese Anlagen sind somit nicht eindeutig dem Bau- oder dem übrigen Gebiet zugeordnet. Angesichts der unklaren Grundsätze im Baugesetz über den Standort solcher Anlagen kann dieser Lösung, welche sich nicht nach der Zonenordnung und nicht nach der Abgrenzung von Bau- und übrigem Gemeindegebiet richtet, eine gewisse Zweckmässigkeit nicht abgesprochen werden (518).
Art. 9/2 verbietet auf dem ganzen Gemeindegebiet das Ablagern von ausgedienten Fahrzeugen, Maschinen und Geräten. Vorbehalten bleibt der Betrieb eines Auto-Abbruchgeschäfts aufgrund einer Bewilligung der kantonalen Baudirektion.

Art. 11/2 regelt die Ausnützungsziffer:

> Im übrigen Gemeindegebiet beträgt die höchstzulässige Ausnützungsziffer für nichtlandwirtschaftliche Bauten 0,15. Für die betrieblich notwendige Erweiterung bestehender Gewerbe (Art. 8 Abs. 2) gilt die für das Baugebiet festgesetzte Ausnützungsziffer.

Die Ausnützungsziffer für die Erweiterung von Gewerben beträgt gemäss Abs. 1 des Art. 11 0,4. Die Ausnützungsziffer ist in Art. 151

517 vorn Ziff. I.5.61

518 vorn Ziff. I.3.12 und J.1.6, 2.251

BauV einlässlich definiert. Sie ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche (Art. 151/1). Die Abs. 2 und 3 bestimmen, welche Geschoss- bzw. Landflächen einzubeziehen sind. Die Ausnützungsziffer erlaubt eine Steuerung der Baudichte und damit eine Berechnung und Beschränkung der notwendigen Erschliessungsanlagen und der öffentlichen Dienste und Ausrüstungen (519). Unter der Herrschaft der früheren Baugesetze dienten niedrige Ausnützungsziffern in der Landwirtschaftszone auch dazu, deren Ueberbauung zu erschweren (520). Dieses Argument vermag heute eine niedrige Ausnützungsziffer im übrigen Gemeindegebiet kaum mehr zu rechtfertigen. Immerhin mag sie davon abhalten, Ausnahmegesuche für grössere Ueberbauungen zu stellen, da solche wegen des grossen Landbedarfs nicht interessant sind. Zur Rechtfertigung einer geringen Ausnützungsziffer kann dagegen der planerische Grundsatz herangezogen werden, dass die Ueberbauungsdichte im Baugebiet von den Ortskernen mit der grössten Dichte gegen aussen hin abnehmen und lockerer werden soll. In der freien Landschaft ist somit die geringste Dichte vorzusehen (521). Der grosse Landbedarf führt allerdings dazu, dass in recht vielen Fällen, besonders wenn Ausnahmebewilligungen im Hinblick auf eine künftige Einzonung oder im Zusammenhang mit bestehenden Bauten erteilt werden (522), gleichzeitig auch von der Einhaltung der Ausnützungsziffer 0,15 dispensiert wird, um eine vernünftige Ausnützung des Baugrundstücks zu ermöglichen. Auf einer Restparzelle in einer bereits bestehenden Ueberbauung ist schon die Erstellung eines Einfamilienhauses bei einer Ausnützungsziffer von nur 0,15 oft ausgeschlossen.

In der Verwaltungspraxis ist die Frage kontrovers, ob die Ausnützungsziffer gemäss Art. 11/2 NBR immer gilt, wenn in Baureglementen keine solche festgelegt ist, anders ausgedrückt, wie weit die Subsidiärwirkung des NBR in diesem Punkt geht. Zaugg stellt den Grundsatz auf, dass Sachverhalte, die der Gesetzgeber selbst für Gemeinden mit einfachen Verhältnissen geregelt hat, in allen Gemeinden geregelt sein müssen. Trifft dies nicht zu, ist eine Reglementslücke zu vermuten. Er schränkt diesen Grundsatz jedoch ein. Ein Gemeindereglement kann einen Sachverhalt mit anderen Mitteln als das NBR, aber ebenso zweckmässig regeln. Dann liegt keine Lücke vor. Schliesslich können die Verhältnisse ländlicher Gemeinden nicht unbesehen auf grössere Gemeinden mit städtischen oder halbstädtischen Verhältnissen übertragen werden. Für die Vorschriften begreffend das übrige Gemeindegebiet vermutet Zaugg jedoch, dass sie für alle Gemeinden als ergänzendes Recht anwendbar sind, da hier im wesentlichen überall gleichartige Verhältnisse gegeben seien (523). Das müsste somit auch in Bezug auf die Ausnützungsziffer gelten und würde sich auch mit dem planerischen Leitsatz der von den Ortskernen weg abnehmenden Baudichte decken. Nun gibt es aber Gemeindebaureglemente, die für nichtlandwirtschaftliche Bauten die Vorschriften einer Wohnzone niedriger Dichte, z.B. der Zonen W 1 oder W 2, anwendbar erklären. Für

---

519 Zaugg N 5 zu Art. 16 BauG, Zimmerlin N 2ff. zu § 24 BO Aarau
520 vorn Ziff. H.2, ORL-Richtlinien Blatt 511'511 (1967) S. 2 oben
521 ORL-Richtlinien Blatt 511'507 (1967), insbesondere S. 7ff.
522 vorn Ziff. J.2.253, 254
523 N 12 zu Art. 16 BauG

diese Zone kann auf die Festlegung von Ausnützungsziffern verzichtet werden, da die baupolizeilichen Masse klein sind und die Baumöglichkeiten genügend einschränken (524). In solchen Fällen von einer Lücke zu sprechen, scheint mir zu weit zu gehen. Die Regelung ist zweckmässig und genügend. Ich bin deshalb der Meinung, dass die Ausnützungsziffer von 0,15 dann nicht als ergänzendes Recht gilt, wenn in Gemeindereglementen für nichtlandwirtschaftliche Bauten die Vorschriften einer Wohnzone niedriger Dichte als anwendbar erklärt werden. Kennen diese Zonenvorschriften eine Ausnützungsziffer, so gilt diese auch für das übrige Gemeindegebiet, kennen sie keine, dann gilt auch für Bauten im übrigen Gemeindegebiet keine solche. Nebst diesen Bestimmungen sind alle anderen Vorschriften des NBR, welche sich nicht ausdrücklich auf das Baugebiet beziehen, für das übrige Gemeindegebiet grundsätzlich anwendbar.

2.2 Das Muster-Baureglement

Das von der Baudirektion herausgegebene Muster-Baureglement vom 30. Juli 1971 dient den Gemeinden als Wegleitung für die Aufstellung ihrer Baureglemente. Es besitzt keine Rechtsverbindlichkeit, doch bestimmt Art. 121/2 BauV, dass die Systematik der Gemeindereglemente diesem Reglement entsprechend zu gestalten ist und dass materielle Abweichungen vom Inhalt des Muster-Baureglements der Zweckmässigkeitsprüfung unterliegen, von den Gemeinden also begründet werden müssen (525). Was das übrige Gemeindegebiet betrifft, so begnügt sich das Musterreglement in Art. 25/2 auf den Hinweis, dass die Art. 23 - 25 BauG und das Normalbaureglement gelten. Dieser scheinbar einfachen Lösung haftet ein schwerwiegender Mangel an, indem die Regelung der baupolizeilichen Masse zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt. Da ein Verweis auf die Vorschriften einer bestimmten Bauzone fehlt, muss angenommen werden, dass die Vorschriften des NBR gelten. Das bedeutet, dass in verschiedenen Teilen des Gemeindegebiets für gleiche Bauprojekte verschiedene Masse gelten, wobei die Unterschiede schlechthin nicht gerechtfertigt werden können: die Masse, die für Bauten im übrigen Gemeindegebiet gelten, sind nämlich viel weniger streng als diejenigen für Bauten in der Bauzone. So kann ein zweigeschossiges Einfamilienhaus im übrigen Gemeindegebiet gemäss Art. 12/2 NBR mit einem kleinen Grenzabstand von 3 m und einem grossen Grenzabstand von 6 m gegenüber der Grundstückgrenze gebaut werden, während Art. 34 Musterreglement hierfür in einer Zone W 2 Grenzabstände von 6 bzw. 12 m vorschlägt und von den Gemeinden meist übernommen werden. Ist das Objekt zudem über 15 m lang oder über 12 m breit, sollen nach Abs. 2 von Art. 34 Musterreglement in der Zone W 2 noch Mehrlängen- bzw. Mehrbreitenzuschläge erhoben werden, die Nutzungsmöglichkeiten beschränkende Masse, welche das NBR nicht kennt. Dabei ist zu beachten, dass von

---

524 So sieht auch Art. 34 des Musterbaureglements diese Möglichkeit wahlweise neben der Anordnung von Ausnützungsziffern vor. Vgl. auch Zaugg N 12 d zu Art. 16 BauG

525 Zaugg N 3 zu Art. 17 BauG. § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gemeindereglemente vom 5.4.1938 schreibt den Direktionen die Aufstellung solcher Wegleitungen, soweit nötig, vor.

der Ausnützungsziffer her gesehen, die im übrigen Gemeindegebiet gemäss Art. 11/2 NBR 0,15 und in der Zone W 2 gemäss Art. 34 Musterreglement 0,4 beträgt, ein umgekehrtes Verhältnis zu erwarten wäre, nämlich strengere Massvorschriften im übrigen Gemeindegebiet und nicht in der Zone W 2.

2.3 Beispiele ergänzender Gemeindebauvorschriften

Wir können bei der Durchsicht einiger neuer, der kantonalen Baudirektion zur Vorprüfung oder Genehmigung eingereichter Baureglemente drei Gegenstände feststellen, die von den Gemeinden in Ergänzung zu den Vorschriften der Art. 23 -25 BauG und grösstenteils in Abweichung von den Vorschriften des NBR und dem Vorschlag des Muster-Baurgelementes geregelt werden.

2.31 DIE BAUPOLIZEILICHEN MASSE

In dieser Domäne des Baurechts ist, auch was die Bauweise im übrigen Gemeindegebiet anbelangt, eine grosse Vielfalt festzustellen. Häufig werden für Wohnbauten die Vorschriften einer Wohnzone anwendbar erklärt, so gemäss Art. 25/4 BR Seedorf vom 5.7.1973 und Art. 25/3 BR Wiler vom 14.12.1973 diejenigen der Zone W 2, gemäss Art. 27/4/a BR Kirchlindach, Entwurf August 1973, diejenigen der Einfamilienhauszone E 2, gemäss Art. 27/3 BR Diemerswil vom 20.8.1973 diejenigen der Dorfkernzone. Die Masse gelten entweder für sämtliche Wohnbauten, also auch für diejenigen, die der landwirtschaftlichen Bevölkerung dienen, so gemäss der Fassung der Baureglemente Seedorf, Wiler und Kirchlindach (Entwurf), oder sie sind auf die nichtlandwirtschaftlichen Bauten beschränkt, wie gemäss Baureglement Diemerswil. Einzelne Baureglemente kennen auch Masse für landwirtschaftliche Oekonomiegebäude, so Art. 27/4/b des Entwurfs BR Kirchlindach und Art. 29/3/b des BR Rubigen vom 5.10.1973. Letzteres enthält in Art. 29/4 im weiteren besondere Vorschriften für die Masse von Bauten für Gärtnereien (S. unten Ziff. 3.1).

2.32 DIE AUSNUETZUNGSZIFFER IM BESONDEREN

Für landwirtschaftliche Bauten sind Ausnützungsziffern nicht gebräuchlich, da sie sinnlos wären. Das gilt auch für zugehörige Wohnbauten, denn diese sollen als Bestandteile der Betriebe nicht abparzelliert werden (526). Für nichtlandwirtschaftliche Wohn- und Gewerbebauten kommt die Festlegung von Ausnützungsziffern dagegen mehr und mehr in Uebung, nicht zuletzt veranlasst durch Art. 11 NBR. Wie bereits dargelegt, bin ich der Auffassung, dass dann, wenn für solche Bauten auf die Vorschriften einer Bauzone verwiesen wird, auch die entsprechende Ausnützungsziffer anwendbar ist bzw. fehlen kann, Art. 11/2 NBR mit der Ausnützungsziffer 0,15 also nicht gilt. Die Gemeinde kann aber auch eine Kombination wählen, also beispielsweise für nichtlandwirtschaftliche Bauten die Vorschriften der Zone W 2 anwendbar erklären und dann eine eigene Aus-

526 vorn Ziff. J.6

nützungsziffer festlegen, wobei die Uebernahme der 0,15 aus dem NBR zweckmässig ist. Diese Lösung findet sich in Art. 29/3/a BR Rubigen. Gelegentlich werden noch tiefere Ausnützungsziffern angeordnet. Art. 26/3 der BR-Teilrevision von Muri (527) setzt sie für nichtlandwirtschaftliche Bauten auf 0,1 und für die betrieblich notwendige Erweiterung bestehender Gewerbe auf 0,4 fest.
In Ferienhauszonen gilt, da sie Teile des übrigen Gemeindegebiets darstellen, grundsätzlich die Ausnützungsziffer von 0,15 gemäss NBR, wenn im Gemeindebaureglement oder in Sonderbauvorschriften nicht etwas anderes festgelegt ist. Da durch solche Zonen die Bautätigkeit für Ferien- und Wochenendhäuser konzentriert werden soll, erscheint diese Ausnützungsziffer meist als zu niedrig, denn sie leistet unnötigem Landverschleiss Vorschub. Es ist daher üblich geworden, die Ausnützung in den Sonderbauvorschriften zu steigern und zwar auf 0,2 bis 0,3 (528). Höhere Ausnützungen können in der Regel nicht als zweckmässig angesehen werden, da die Funktion der Zone, Erholungszentren zu bilden, sonst kaum mehr richtig erfüllt werden kann. Denkbar ist auch eine Nutzungsumlagerung innerhalb von Ferienhauszonen. Nach dieser Idee soll grundsätzlich für das gesamte Plangebiet die Ausnützungsziffer 0,15 gelten. Die Ferienhauszone wird aber in zwei oder mehrere Sektoren eingeteilt. In einem oder einzelnen Sektoren kann gebaut werden, beispielsweise mit der Ausnützungsziffer 0,3, die anderen werden als Frei- oder Grünflächen oder als Schutzgebiete ausgeschieden oder mit privatrechtlichen Bauverboten belegt. Dadurch sollen die Ersteller von Ferienhäusern gezwungen werden, einen eigenen Beitrag für die Sicherung des notwendigen Erholungsraums zu leisten und nicht einfach das unüberbaute Gemeindegebiet entschädigungslos für ihre Aktivitäten benützen können. Eine solche Umlagerung der Ausnützung ist zulässig. Gemäss Art. 151/3/c BauV können solche Flächen zur anrechenbaren Landfläche gezählt werden. Das Bundesgericht hat in einem ähnlichen Fall, als es um eine Nutzungsumlagerung in einer Zone W 2 ging, das Modell als rechtmässig erklärt (529).

2.33 DER SCHUTZ DES ORTS- UND LANDSCHAFTSBILDES

Art. 17/3/b - d BauG ermächtigt die Gemeinden zu weitgehenden Orts- und Landschaftsschutzbestimmungen. Jedes Baureglement enthält deshalb allgemeine Schutzbestimmungen, welche diejenigen der Bauverordnung ergänzen. Sie ordnen insbesondere die Baugestaltung und die Einordnung der Bauten in die Umgebung. Viele Gemeinden widmen diesen Fragen in bezug auf Bauten im übrigen Gemeindegebiet ihre besondere Aufmerksamkeit und erlassen besondere Vorschriften. Eine grundsätzliche Regel stellt Art. 25/5 des BR Seedorf auf:

> Für die Beurteilung von Bauvorhaben nach Art. 23 und 24 BauG im übrigen Gemeindegebiet ist der Landschaftsrichtplan massgebend. Dem Baugesuch ist ein Mitbericht des Ortsplaners oder des Heimatschutzes beizulegen.

527 von der kant. Baudirektion noch nicht genehmigt (Dezember 1974)
528 Beispiele finden sich in den Gemeinden Gsteig (Ferienhauszonen Saali, Pfrüendli, Beschlüsse der Baudirektion vom 13.11.1972), Rüschegg (Feriendorf Eywald, Beschluss der Baudirektion vom 14.8.1972), Adelboden (Ferienhauszone Ausserschwand, Beschluss der Baudirektion vom 27.3.1974)
529 BGE 98 I a 394 E.5 i.S. Ueberbauung Stettlergut, Köniz

Eine solche Bestimmung wird allerdings nur dann fruchtbar gemacht werden können, wenn der massgebende Landschaftsrichtplan und die dazu gehörenden erläuternden Berichte wirklich aussagekräftig sind. Darunter sind detaillierte Angaben zu verstehen, so über die Arten und Grade der Schutzwürdigkeit der Landschaften, über Natur- und Kulturobjekte, die sich besonders auszeichnen und deshalb erhaltenswert sind. Das gleiche Baureglement enthält in Abs. 4 des Art. 25 eine weitere Regel:

> Wohnbauten (Stöckli) sollen sich der Baugruppe anpassen, in deren Nähe sie zu stehen kommen. Stellung und Firstrichtung der Neubauten ist der überlieferten Bauart anzugleichen. Insbesondere muss die Dachneigung an die bestehenden Bauten angepasst werden.

Aehnlich lauten die Art. 25/3 BR Wiler sowie Art. 27/3 Entwurf BR Kirchlindach, dessen letzter Satz bestimmt, dass sich nichtlandwirtschaftliche Bauten in bestehende Baugruppen einzufügen haben. Es fragt sich allerdings, ob mit dieser absoluten Formulierung nicht der Bereich gesprengt wird, der den Gemeinden zum Erlass ergänzender Vorschriften bleibt. Art. 24 BauG verbietet die Errichtung von Streubauten nicht grundsätzlich. Sie können, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, einzig über die Bewertung der entgegenstehenden öffentlichen Interessen verhindert werden. Die Bestimmung des Reglementsentwurfs stellt aber eine klare und unmissverständliche Konkretisierung des öffentlichen Interesses, wie er in Art. 24 zu verstehen ist, dar, und in hinreichend begründeten Fällen kann gemäss Art. 46 BauG auch von der Einhaltung dieser Vorschrift dispensiert werden. In diesem Sinn und im Hinblick auf die weitgefasste Ermächtigungsvorschrift in Art. 17/3 BauG kann ihr die Gesetzmässigkeit nicht abgesprochen werden.
Darüberhinaus können bestimmt umgrenzte Teile des übrigen Gemeindegebiets durch Landschaftsschutz- und Erholungsgebiete im Sinn von Art. 29 BauG überlagert werden. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sind die erforderlichen Baubeschränkungen und Bauverbote festzulegen, was am zweckmässigsten im Baureglement geschieht, allenfalls in Sonderbauvorschriften zu einzelnen Ueberbauungsplänen. Die Vorschriften können ähnlich lauten wie die, welche ich soeben zitierte. Sie gelten dann nicht für alle Teile des übrigen Gemeindegebiets. Daneben sind gänzliche Bauverbote möglich, oder es können ausschliesslich landwirtschaftliche Bauten zugelassen werden unter Ausschluss der Baumöglichkeiten von Art. 24 und 25 BauG. Untersagt werden kann ferner die Eröffnung oder Erweiterung von Materialentnahmestellen, Ablagerungs- oder Campingplätzen. Für alle Teile des übrigen Gemeindegebiets, die von Landschaftsschutz- oder Erholungsgebieten überlagert sind, gelten die Art. 23 - 25 BauG als subsidiäre Ordnung.

3. ABWEICHENDE GEMEINDEBAUVORSCHRIFTEN

Abweichende Gemeindebauvorschriften stehen zu der vom kantonalen Gesetzgeber getroffenen Ordnung im Widerspruch. Solche Bestimmungen sind nur zulässig, wenn sie auf einer Ermächtigung des kantonalen Gesetzgebers beruhen, den Gegenstand anders zu regeln, als er es tut (530). Was die Nutzungsordnung für das übrige Gemeindegebiet betrifft, so sind die Möglichkeiten der Gemeinden hier sehr stark eingeschränkt, wie angesichts der Natur dieser Vorschriften als unmittelbar geltende kantonale Bauvorschriften nicht anders zu erwarten ist.
In diesem Zusammenhang ist die Vorschrift des Art. 113 BauG zu beachten: Vor dem 1.1.1971 aufgrund des alten Rechts erlassene Gemeindebauvorschriften über die Landwirtschaftszone sind mit dem Inkrafttreten des neuen Baugesetzes aufgehoben worden, soweit sie mit den Art. 23 - 25 BauG in Widerspruch stehen. Zwei Beispiele sollen dies erläutern:
Aufgehoben sind alle Gemeindebauvorschriften, die sich darauf beschränkten, den Wortlaut des Art. 6/4 BVG zu übernehmen, sonst aber keine weiteren Einschränkungen der baulichen Nutzung in der Landwirtschaftszone enthielten.
Vorschriften, welche für nichtlandwirtschaftliche Bauten die Bestimmungen einer Bauzone, wie der Zone W 2, anwendbar erklären, gelten weiterhin unter der Einschränkung, dass für die *grundsätzliche* Zulässigkeit solcher Bauten die Art. 24 und 25 BauG massgebend sind.

3.1 Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe

Art. 23/2/3. Satz räumt den Gemeinden die Möglichkeit ein, die Zulässigkeit solcher Betriebe im übrigen Gemeindegebiet zu beschränken oder sogar ganz zu verbieten (531). Zaugg ist der Auffassung, dass dies "offensichtlich nur für selbständige Gewerbetriebe gelten kann. Das Recht auf Tierhaltung oder Gartenbau im üblichen Rahmen eines landwirtschaftlichen Nebenbetriebes wäre davon nicht betroffen" (532)
Ein blosser Nebenerwerb liegt vor, wenn der Anteil dieses Betriebszweiges am Gesamteinkommen eines Betriebsinhabers nicht mehr als 1/3 beträgt (533). Dagegen spielt die Bedeutung in der Einkommenslage des Betriebsinhabers dann keine Rolle, wenn dieser nicht Landwirt ist, sondern sich die Gärtnerei oder den Zucht- bzw. Mastbetrieb als Kapitalanlage, als Freizeitbetrieb und dergleichen hält. Hier sowie in den Fällen, da die Betriebe ihren Inhabern den Haupterwerb bringen ist immer ein von anderen landwirtschaftlichen Betriebszweigen unabhängiger Betrieb anzunehmen.
Eine Gemeinde kann solche Betriebe vollständig von ihrem Gebiet fernhalten, indem sie nebst dem Verbot für das übrige Gemeindegebiet auch keine anderen Standorte zulässt. So kann sie auch in Bauzonen, die sich ihrer Zweckbestimmung nach zur Aufnahme solcher Betriebe eignen, entsprechende Verbote erlassen, also in Gewerbe- oder in Industrie-

530 Zaugg N 2 zu Art. 17 BauG. Art. 1 Abs. 2 BauV bestimmt: "Die Gemeinden können abweichende Vorschriften erlassen, wenn und soweit die Verordnung es ausdrücklich zulässt."
531 RRB Nr. 3363/1974 E 1
532 N 3 zu Art. 23 BauG
533 vorn Ziff. I.2.211

zonen. Solche Radikallösungen sind jedoch selten erwünscht, und vom Gesichtspunkt der Nahrungsversorgung unseres Landes aus wäre es nicht zu verantworten, weite Teile des Kantons mit solchen Verboten zu belegen. Zur Befriedigung der heutigen Nachfrage nach Nährgütern tierischer Herkunft wäre es "völlig ausgeschlossen", auf solche "industrielle" Produktion in grossen Mastbetrieben zu verzichten (534). Es sind zwei Teilprobleme, welche nach besonderen Bestimmungen für solche Betriebe rufen, nämlich die Verhinderung von Immissionen, namentlich aus Zucht- und Mastbetrieben, auf benachbarte Wohngebiete, und der Schutz der Orts- und Landschaftsbilder, welche durch die bekannt lieblose Zweckarchitektur empfindlich beeinträchtigt werden können. Die Gemeinden begnügen sich deshalb in der Regel mit blossen Beschränkungen in der Zulassung dieser Betriebe. Bezüglich der Immissionsschutzbestimmungen sei das BR Seedorf zitiert, das in Abs. 3 des Art. 25 bestimmt:

> Mast- und Zuchtbetriebe dürfen nicht in der Nähe von Wohnzonen angelegt werden. Insbesondere darf das gesunde und angenehme Wohnen (Art. 86ff. BauV) in der Wohnzone nicht durch solche Betriebe gefährdet werden.

Art. 29/1 BR Rubigen und Art. 27/1/2. Satz Entwurf BR Kirchlindach verlangen die Einhaltung der Immissionsvorschriften von Art. 86 - 88 BauV. Art. 25/1 BR Wiler lässt Grossgärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe und Hundezwinger nur dort zu, wo sie das angenehme und gesunde Wohnen nicht beeinträchtigen. Bei der Prüfung der Gesetzmässigkeit all dieser Formulierungen ist neben der Ermächtigung in Art. 23/2 BauG diejenige des Art. 88/1 BauV heranzuziehen, wonach die Gemeinden über die in Art. 86 und 87 enthaltenen Vorschriften hinausgehende Bestimmungen über den öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz erlassen können. Diese Ermächtigung ist ihrerseits auf diejenige in Art. 17/4/e BauG zurückzuführen, welche ebenfalls den Immissionsschutz betrifft.
Was die Landschaftsschutzbestimmungen betrifft, so erklärt das BR Seedorf gemäss dem zitierten Art. 25/5 den Landschaftsrichtplan als massgebend. Art. 27/2 BR Diemerswil ordnet an, dass Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe nur im Bereich bestehender Baugruppen erstellt werden dürfen. Nach Art. 25/2 BR Wiler und Art. 27/3 Entwurf BR Kirchlindach gelten die besonderen Landschaftsschutzvorschriften für das übrige Gemeindegebiet auch für diese Betriebe.
Aufgrund des Vorbehalts in Art. 23/2 BauG ist im weiteren möglich, überdimensionierte Gebäude für Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe vom übrigen Gemeindegebiet fernzuhalten. Solche Differenzierungen, welche sich indirekt auch auf die Grösse der Betriebe auswirken können, müssen jedoch baupolizeilich und raumplanerisch begründet werden können. Es könnte sich nicht darum handeln, Betriebsformen, die den Gemeindebürgern landwirtschaftspolitisch nicht behagen, zu verhindern. Eine Begrenzung nach der Betriebsgrösse, etwa nach der genutzten Landfläche oder nach der Anzahl der Zucht- oder Masttiere wäre unzulässig. Erlaubt ist dagegen die Einführung von Massen und einer Ausnützungsziffer für Gärtnereien, Zucht- oder Mastbetriebe. Damit kann ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der durch Treibhäuser oder Stallungen bedeckten Bodenfläche und ihrem Umschwung erreicht werden. Als Beispiel, das allerdings nur für Gärtnereien gilt, sei

534 G. Flückiger, Uebervölkerung und Tierhaltung, in "Der Bund", 9.8.1974 S. 3, mit eingehenden Nachweisen

Art. 29/4 des BR Rubigen zitiert:

> a. Treib- und Gewächshäuser bis zu 6,5 m Firsthöhe gelten als eingeschossige Bauten, und es sind für sie auf dem gleichen Grundstück die Gebäudeabstände frei;
>
> b. Die Ausnützungsziffer beträgt 0,5;
>
> c. Für die Mehrlängen- und Mehrbreitenzuschläge gelten die Vorschriften der Zone WG;
>
> d. Zum Schutz gegen Blendwirkungen sind die nötigen Vorkehrungen zu treffen; der Gemeinderat kann im Baubewilligungsverfahren besondere Vorschriften erlassen.

3.2 Die Bezeichnung von Ferienhauszonen in Zonenplänen

Nach dem klaren Wortlaut des Art. 25/1 BauG sind Ferienhauszonen durch Ueberbauungspläne auszuscheiden, da sie vom Gesetz grundsätzlich als Teile des übrigen Gemeindegebiets angesehen werden. Daraus müsste geschlossen werden, dass es nicht möglich ist, im Zonenplan Ferienhauszonen zu bezeichnen. In Gemeinden, die nicht bloss eine Erschliessungsplanung, sondern eine Zonenplanung durchführen, wäre der Zonenplan jedoch unvollständig, wenn durch Ueberbauungspläne bezeichnete Ferienhauszonen nicht in geeigneter Form dargestellt würden (535). Deshalb liegt nahe, dass die Gemeinden solche Ferienhauszonen darin aufführen wollen. Das kantonale Planungsamt hat denn auch in seinem Muster-Zonenplan vom März 1974 eine eigene Signatur für die Ferienhauszonen geschaffen, die so gestaltet ist, dass sie den Bezug zum übrigen Gemeindegebiet klar darstellt. In der Legende erscheint die Ferienhauszone unter den Signaturen für das übrige Gemeindegebiet. Trotzdem diese Lösung vom Wortlaut des Art. 25 abweicht, ist sie als zulässig zu betrachten. Sie stellt eine blosse Massnahme zur Koordination verschiedener Planungsinstrumente dar, die auf die Nutzungsordnung für die Ferienhauszone und damit auf die Rechtsstellung der Grundeigentümer keinen Einfluss hat. Für diese Massnahme spricht übrigens auch der Begriff der Ferienhauszone selber, der schon für sich allein auf das Institut des Zonenplans verweist.
Die Ausscheidung von Ferienhauszonen in Zonenpläne bedeutet jedoch nicht, dass die Gemeinde auf den Erlass von Erschliessungsplänen in der Form von Ueberbauungs- oder von Detailerschliessungsplänen verzichten kann, da Ferienhauszonen Gebiete mit Erschliessungsplanpflicht sind (536).

---

535 Ich erinnere daran, dass ich mich zurückhaltend über ein gemischtes System von Zonen- und Erschliessungsplanung ausgesprochen habe, vorn Ziff. E3.43

536 vorn Ziff. K.3.3

3.3 Die Priorität der landwirtschaftlichen Bodennutzung: Zulässigkeit von Landwirtschafszonen und von Rebwirtschaftszonen?

Wir sahen, dass einzelne kantonale Bau- und Planungsgesetze die Möglichkeit zur Bezeichnung von Landwirtschaftszonen kennen, in denen der Landwirtschaft vor allen anderen Nutzungen die absolute Priorität zukommt, insbesondere vor der Erholungsnutzung und dem Abbau von Lagerstätten. Das übrige Gemeindegebiet ist dann das Restgebiet, in dem keine Nutzungsprioritäten herrschen, die bauliche jedoch ebenfalls stark eingeschränkt ist (537).
Dem bernischen Recht ist diese Unterscheidung nicht bekannt. Will eine Gemeinde ihren landwirtschaftlich bestgeeigneten Gebieten einen besonderen Schutz zukommen lassen, so steht ihr zunächst als geeignetes Mittel eine strenge Beurteilungs- und Antragspraxis zu Art. 24 und 25 BauG zur Verfügung. Sie kann Materialentnahmen, Ablagerungsplätze und das Campingwesen dadurch steuern, dass sie eine dem Art. 9 NBR entsprechende Bestimmung ins Baureglement aufnimmt, aber anordnet, dass solche Anlagen nur mittels eines Ueberbauungsplans mit Sonderbauvorschriften zugelassen werden. So sieht Art. 36/1 des Entwurfs BR Kirchlindach vor:

> Campingplätze, Ablagerungsstellen (ausgenommen die Werkhöfe und Lagerplätze von Industrie- und Gewerbebetrieben) und Materialentnahmestellen dürfen innerhalb des ganzen Gemeindegebiets nur mit Sonderbauvorschriften, allenfalls in Verbindung mit Ueberbauungsplan, angelegt oder erweitert werden. Im übrigen gelten die Bestimmungen der BauV (Art. 10ff. BauV).

Damit können die Standorte und die Betriebsbedingungen genau festgelegt und der Stimmbürgerschaft, allenfalls dem Gemeindeparlament, vorgelegt werden. Die Zulässigkeit dieser Erschwerung kann weder aus Art. 5 noch aus Art. 23 BauG abgeleitet werden, sondern ist Ausfluss des Art. 17/4 BauG, der die Gemeinden ermächtigt, Vorschriften über diese Gegenstände zu erlassen. Denkbar ist ferner, dass eigene Gemeindereglemente für das Ausbeutungs-, Ablagerungs- oder das Campingwesen erlassen werden (538).
Die Ausscheidung von Landwirtschaftszonen neben dem übrigen Gemeindegebiet ist aufgrund der geltenden Gesetzgebung dagegen ausgeschlossen. Die Art. 20 - 30 BauG enthalten eine abschliessende Regelung über den zulässigen Inhalt von Zonenplänen und den Wirkungen, welche die einzelnen Zonen haben können (539). Danach können die Gemeinden landwirtschaftlich genutztes Gebiet auch als Grünfläche gemäss Art. 28 oder als Schutzgebiete gemäss Art. 29 BauG bezeichnen, sofern die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind (540). Als Sekundäreffekt des totalen Bauverbots mit Ausnahme der zur Bewirtschaftung erforderlichen Bauten tritt ein nahezu vollständiger Schutz der landwirtschaftlichen Bodennutzung auf, doch wird sie vor allem bei Grünflächen in städtischen und halbstädtischen Verhältnissen in Konkurrenz mit der Erholungsnutzung treten und entsprechende Belä-

---

537 vorn Ziff. F.3, Art. 10 BauG SG, Art. 30 RPG GR
538 Zaugg N 16 zu Art. 5 BauG
539 Zaugg N 2 zu Art. 17, N 1 zu Art. 20 BauG
540 vorn Ziff. E.2.7, F.3.43, 4.42

stigungen in Kauf nehmen müssen. Besonders die Rebwirtschaftsgebiete eignen sich, da sie in der Regel Landschaften von besonderer Schönheit und Eigenart darstellen, zur Ausscheidung als Schutzgebiete. Einzelne Gemeinden am Bielersee haben bereits unter der Herrschaft des BVG solche Rebschutzzonen geschaffen, so die Gemeinde Erlach im Zonenplan vom 14.7.1959, die Gemeinde La Neuveville im Zonenplan vom 17.2.1960. Auch mit der Bezeichnung von Schutzgebieten im Sinn von Art. 29 BauG mit vollständigem Bauverbot kann allerdings nicht verhindert werden, dass von der Rebwirtschaft zu einer anderen landwirtschaftlichen Nutzungsart übergegangen oder jegliche landwirtschaftliche Nutzung überhaupt aufgegeben wird. Der Abs. 2 des Art. 29 ermächtigt die Gemeinden bloss, "die zur Sicherung der Schutzgebiete nötigen Baubeschränkungen und Bauverbote zu erlassen". Ein Verbot, eine andere landwirtschaftliche Nutzung als die Rebwirtschaft zu betreiben, könnte nur durch eine Schutzverordnung nach den Vorschriften des Art. 83 EG zum ZGB angeordnet werden (541). Zuständig hierzu sind gemäss Abs. 2 des Art. 81 die Gemeinden, solange der Regierungsrat von dieser Berechtigung keinen Gebrauch gemacht hat, und die Verordnungen bedürfen der regierungsrätlichen Genehmigung. Fraglich ist, ob dieses Gesetz eine hinreichende Grundlage zur Anordnung von Nutzungsgeboten darstellt. Abs. 1 von Art. 83 spricht von Verordnungen zum Schutz, zur Erhaltung und zur Sicherung der Landschaften vor Verunstaltungen mittels der "nötigen Verfügungen". Da ein Rebgelände nur durch aktive menschliche Tätigkeit in seiner Eigenart erhalten werden kann, muss meines Erachtens die Zulässigkeit von Bewirtschaftungspflichten bejaht werden (542).
Zum Schluss sei festgehalten, dass das Raumplanungsgesetz des Bundes den Gemeinden die Verpflichtung zur Ausscheidung von Landwirtschaftszonen bringen wird. Für Einzelheiten sei auf die Ziff. N.1 verwiesen.

3.4 Beispiele eindeutig unzulässiger Abweichungen

Abschliessend seien einige in der Verwaltungspraxis bekannt gewordene Beispiele von Vorschriften erwähnt, die mit der kantonalen Gesetzgebung klar unvereinbar sind.
Eine Gemeinde, deren Namen hier verschwiegen sei, sah vor, im Zonenplan das übrige Gemeindegebiet derart aufzuteilen, dass in bestimmten Gebieten die Erteilung von Ausnahmen nach Art. 24 BauG grundsätzlich möglich, in anderen Gebieten grundsätzlich ausgeschlossen sein sollte.
Der Versuch der Gemeinde Saanen, zwei projektierte Ferienhäuser als Ferienhauszone im Sinn von Art. 25 BauG zu erklären, wurde oben in Ziff. 2 bereits erwähnt. Auch sonst sind häufig unzulässige Experimente mit Ferienhauszonen zu beobachten. Besonders beliebt sind Ver-

---

541 Zaugg N 5 zu Art. 5 BauG

542 Art. 36 des Entwurfs I zum BauG sah die Möglichkeit vor, dass die Gemeinden die Grundeigentümer in Frei- und Grünflächen und in Schutzgebieten hätten verpflichten können, diese Flächen in dem der Einzonung gemässen Zustand zu erhalten. Für allfällige besondere Aufwendungen war eine Entschädigungspflicht vorgesehen. Wie viele andere zeitgemässe Bestimmungen fand auch diese nicht Eingang in die definitive Fassung des Gesetzes.

suche, in den Sonderbauvorschriften die Grundeigentümer zu finanziellen Leistungen aller Art zu verpflichten. So wird etwa angeordnet, die Grundeigentümer müssten nach einem bestimmten Schlüssel, wie pro m2 Bruttogeschossfläche, Beiträge für die Aeufnung von gemeindeeigenen Sonderfonds leisten. Diese Gelder sollen für die Sicherung von Freiflächen für Sportanlagen, für den Erlass von Grünflächen oder Schutzgebieten verwendet werden. Die einzige Möglichkeit, abgesehen von dem in Ziff. 2.32 dargestellten Modell der Nutzungsumlagerung innerhalb der Ferienhauszone selbst, von den Grundeigentümern Leistungen für die Finanzierung solcher Unternehmungen zu beziehen, besteht darin, Grundeigentümerbeiträge zu erheben. Die Voraussetzungen hierzu sind in Art. 108 BauG geregelt.
Dank dem Institut der Vorprüfung ist die Baudirektion selten gezwungen, klar gesetzwidrigen Vorschriften formell die Genehmigung zu versagen, da die Gemeinden in der Regel nach Erhalt des Vorprüfungsberichts solche Vorschriften nicht zur Gemeindeabstimmung bringen.

4. DIE LAENDLICHE DORFKERNZONE IM BESONDEREN

Ich habe in den Ziff. E.3.41 und J.2.252 auf die besonderen Probleme vieler ländlicher Gemeinden im Kanton Bern hingewiesen. In einigen dieser Gemeinden, die trotz der durch die Siedlungsstruktur und die Grundeigentumsverhältnisse auftretenden Schwierigkeiten eine Zonenplanung durchführen, wird an einem Zonenmodell gearbeitet, das es erlauben soll, eine gewisse minimale Entwicklung zu gewährleisten, ohne dass dabei der dörfliche Charakter der Siedlungen verloren geht. Alle diese Bemühungen laufen darauf hinaus, dass die Zonenvorschriften nur Bauten zulassen sollen, die der ortsansässigen Bevölkerung dienen und allenfalls weiteren Personen, die sich über eine enge Beziehung zum Dorf ausweisen können, eine Baumöglichkeit verschaffen. Dagegen sollen Fremde, die nicht im Dorf arbeiten, sondern sich als Pendler oder Pensionierte niederlassen oder sich zu Ferien- und Erholungszwecken installieren wollen, ausgeschlossen bleiben. Nebst landwirtschaftlichen Bauten sollen folgende Kategorien von Bauten möglich sein:

- Gebäude zu öffentlichen Zwecken wie Gemeindehaus, Schulhaus, Post,
- Gewerbe-, Handels- und Dienstleistungsbetriebe, die der Dorfbevölkerung dienen,
- Wohnbauten, die eine bescheidene Vermehrung des Wohnungsangebots bewirken und dadurch die Abwanderung verhindern sollen.

Die Zonen werden als "ländliche Dorfkernzone" bezeichnet. Diesen von konservativem Geist geprägten Versuchen, solche Zonentypen zu formulieren, steht die Verpflichtung des Baugesetzes entgegen, das Baugebiet strikte vom übrigen Gemeindegebiet zu trennen. Mischformen sind nicht möglich. Sie sind auch kaum vereinbar mit dem Rechtsgleichheits- und dem Freizügigkeitsprinzip, wie sie in den Art. 4 und 45 der Bundesverfassung garantiert sind. Die ländliche Dorfkernzone kann deshalb nur in der Form einer *Bauzone* im Sinn von Art. 21 BauG als gesetzmässig anerkannt werden. Dabei ist ausgeschlossen, die Zulassung von Wohnbauten von persönlichen Eigenschaften des Bauherrn abhangen zu lassen. Es ist nicht zulässig, diese

Zonen analog den Ferienhauszonen als Teile des übrigen Gemeindegebiets zu konzipieren und, ähnlich wie in Art. 24 BauG, die Gründe zu umschreiben, die zum Bauen in der Zone berechtigen. Als Beispiel einer solchen, nur sehr enge Baumöglichkeiten bietenden Bauzone sei Art. 26 des BR Diemerswil angeführt, der unter dem Marginale "ländliche Dorkernzone" bestimmt:

1. Sie umfasst Landwirtschaftsbetriebe, gewerbliche Betriebe, soweit sie der Landwirtschaft dienen, zentrale Dienste (Schule, Käserei usw.) und Wohnbauten.
2. Bauten für mehr als zwei Wohnungen sind nicht zulässig.
3. Gewerbe, die das gesunde Wohnen beeinträchtigen, insbesondere zu höheren als den nach Art. 87 Abs. 2 lit. b BauV zulässigen Immissionen führen, sind nicht zugelassen.

Diese Zone ist als echte Bauzone mit gemischter Nutzung zu qualifizieren, denn sie lässt Wohnbauten ohne irgendwelche persönlichen Voraussetzungen auf Seiten des Grundeigentümers oder Bauherrn zu. Es bleibt der Solidarität der ortsansässigen Bevölkerung überlassen, dafür zu sorgen, dass das Land nicht in unerbetene Hände gerät. Die baurechtliche Ordnung der Gemeinde Diemerswil kennt daneben noch eine weitere restriktive Bauzone, nämlich eine Landhauszone, deren einschränkende Vorschriften und geringe Ausdehnung dafür sorgen, dass sich nur wirtschaftlich Privilegierte dort niederlassen können. Eine Weiterentwicklung dieses Modells stellt das Experiment dar, etwas ausserhalb des engeren, meist eine schützenswerte Anlage bildenden Dorfbereichs an geeigneten, attraktiven Stellen Wohnzonen für Ein- und Zweifamilienhäuser, eventuell auch Gewerbezonen, für Neuzuzüger bzw. für neue Betriebe zu schaffen. Es verspricht eine bessere Grundlage für die Erhaltung lebensfähiger, aufgeschlossener Gemeinschaften zu werden. Als Beispiele seien die Zonenpläne der Gemeinden Kirchdorf vom 21.4.1964 (der also noch unter altem Recht erlassen wurde) und Etzelkofen vom 14.11.1973 genannt.

5. Teil

Bundesrechtliche Vorschriften für das übrige Gebiet und ihre Auswirkungen auf das bernische Recht

M Das Gewässerschutzrecht

1. EINIGE GRUNDLAGEN

Die Bundesverfassung erklärt in Art. 24quater den Gewässerschutz zur Bundesaufgabe:

> Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der der ober- und unterirdischen Gewässer gegen Verunreinigung zu erlassen. Der Vollzug dieser Bestimmungen verbleibt unter Aufsicht des Bundes den Kantonen.

Unter dem Begriff des Schutzes vor Verunreinigung ist zu verstehen der "Schutz des 'natürlichen Milieus' Wasser vor chemischen oder physikalisch-chemischen Veränderungen, die irgendwelche Folgeerscheinungen ökologischer Art oder Schmälerungen des Nutzungswertes (im weitesten Sinne) mit sich bringen" (1). Diese Art des Gewässerschutzes wird als *qualitativer Schutz* bezeichnet. Er wird dem *quantitativen Schutz* gegenübergestellt. Dieser befasst sich mit der Wassernutzung, der Bewirtschaftung der Wasservorkommen (2). Für den Techniker besteht der Gewässerschutz in der Entwicklung und Anwendung von Verfahren zur Reinigung der Abwässer: die Stoffe, welche bei der Wassernutzung ins Wasser gelangen, sind zu eliminieren (3). Diese Tätigkeit ist *repressiv*. Sie will das durch Nutzungen verschiedenster Art verunreinigte Wasser wieder seiner ursprünglichen Beschaffenheit zuführen. Ebenso wichtig sind *prospektive* Massnahmen. Sie sollen verhindern, dass Gewässer auf bestimmte Weise oder an gewissen Orten verunreinigt werden. Das geschieht durch Erlass und Ueberwachung von Geboten und Verboten.
Unter dem *Gewässerschutzrecht* ist die Gesamtheit der Rechtsnormen zu verstehen, welche die Verhinderung oder die Beseitigung von Gewässerverunreinigungen zum Gegenstand haben. Das erste Gesetz, das gestützt auf Art. 24quater BV erlassen wurde, war das Bundesgesetz vom 16.3.1955 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (4). Es wurde abgelöst durch das heute geltende Gesetz vom 8.10.1971. Art. 5/2 GSchG ermächtigt die Kantone, die erforderlichen Ausführungsvorschriften durch Verordnung zu erlassen, also durch die Kantonsregierungen. Ein Einführungsgesetz im formellen Sinn ist somit nicht notwendig, doch ist den Kantonen unbenommen, dennoch diese Form der Gesetzgebung zu wählen. Vom Verordnungsrecht machte beispielsweise der bernische Regierungsrat Gebrauch.

---

1 Karl Wuhrmann, Schutz der Gewässer vor Verunreinigung, in Schutz unseres Lebensraumes, Symposium an der ETH Zürich 10. - 12.11.1970, Vorträge, Frauenfeld/Stuttgart 1971, S. 365
2 Wuhrmann ebenda, Bendel, Gewässerschutz S. 211, Henri Zurbrügg, Umfassende Wasserwirtschaft, in Schweiz. Umweltschutzrecht S. 49, Botsch. GSchG S. 441
3 Wuhrmann S. 366
4 AS 1956 S. 1533

2. DER ARTIKEL 20 GSchG

Die Art. 19 und 20 GSchG handeln von den Baubewilligungen und lauten:

Baubewilligungen

a. Innerhalb des generellen Kanalisationsprojektes

Art. 19 Bewilligungen für den Neu- und Umbau von Bauten und Anlagen aller Art innerhalb der Bauzonen oder, wo solche fehlen, innerhalb des im generellen Kanalisationsprojekt abgegrenzten Gebietes dürfen nur erteilt werden, wenn der Anschluss der Abwässer an die Kanalisation gewährleistet ist. Für kleinere Gebäude und Anlagen, die aus zwingenden Gründen noch nicht angeschlossen werden können, kann die zuständige Behörde mit Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz ausnahmsweise Baubewilligungen erteilen, sofern die Voraussetzungen für einen Anschluss kurzfristig geschaffen werden und für die Zwischenzeit eine andere befriedigende Art der Abwasserbeseitigung sichergestellt ist. Vorbehalten bleiben ferner die Ausnahmen gemäss Art. 18 Abs. 1

b. Ausserhalb des generellen Kanalisationsprojektes

Art. 20 Baubewilligungen für Gebäude und Anlagen ausserhalb des im generellen Kanalisationsprojekt abgegrenzten Gebietes dürfen nur erteilt werden, sofern der Gesuchsteller ein sachlich begründetes Bedürfnis nachweist. Die Baubewilligung darf erst erteilt werden, wenn die Ableitung und Reinigung oder eine andere zweckmässige Beseitigung der Abwässer festgelegt ist und die Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz vorliegt.

Die Abgrenzung des Baugebiets durch das GKP behandelten wir bereits in den Ziff. E.5 und 7.22.

2.1 Die Entstehungsgeschichte

Im Vorentwurf der Expertenkommission für das Gewässerschutzgesetz vom 1.11.1969 waren die Bestimmungen über die Baubewilligung noch in einem Artikel untergebracht, nämlich in Art. 18. Dessen Abs. 2 lautete:

Baubewilligungen für Gebäude und Anlagen ausserhalb des Bereiches der Kanalisationssysteme dürfen nur erteilt werden, sofern der Gesuchsteller ein dringendes, sachlich begründetes Bedürfnis nachweist. Die Baubewilligung darf erst erteilt werden, wenn im Einvernehmen mit der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz eine zweckmässige Ableitung und Reinigung der Gewässer festgelegt ist.

Die im Vernehmlassungsverfahren vorgebrachte Kritik an der restriktiven Fassung bewog den Bundesrat, im Entwurf auf das kumulative Erfordernis der Dringlichkeit zu verzichten. Er präzisierte im weiteren den unklaren Begriff des "Bereichs der Kanalisationssysteme" und erweiterte den Katalog der Arten zulässiger Abwasserbeseitigungen für Bauvorhaben ausserhalb dieses Bereichs. Der Art. 19/2 des Entwurfs vom 26.8.1970 lautete (5):

5 Botsch. GSchG S. 484

> Baubewilligungen für Gebäude und Anlagen ausserhalb des im generellen Kanalisationsprojekt abgegrenzten Gebietes dürfen nur erteilt werden, sofern der Gesuchsteller ein sachlich begründetes Bedürfnis nachweist. Die Baubewilligung darf erst erteilt werden, wenn die Ableitung und Reinigung oder eine andere zweckmässige beseitigung der Abwässer festgelegt ist und die Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz vorliegt.

Die Expertenkommission und der Bundesrat begründen die Bestimmung einzig aus der Sicht des Gewässerschutzes (6): Die Abwässer aus Bauten und Anlagen ausserhalb des Kanalisationsrayons werden regelmässig nicht an die öffentliche Kanalisation und damit an keine zentrale Abwasserreinigungsanlage angeschlossen. Meist wird das Abwasser auf eine andere Art beseitigt, die als definitiv angesehen wird, aber viel weniger wirkungsvoll ist, so die Reinigung in Einzelkläreinrichtungen oder die Sammlung des Abwassers in abflusslosen Gruben. Solche Anlagen sind erfahrungsgemäss schwer zu kontrollieren. Die ausgeprägte Tendenz, ausserhalb des Baugebiets Wohn- und Ferienhäuser zu erstellen, lässt für die Zukunft eine grosse Zahl solcher Verunreinigungsherde erwarten. Das stellt das umfangreiche nationale Werk der Abwassersanierung in Frage. Deshalb ist an die Zulässigkeit solcher Bauten ein strenger Massstab anzulegen.
In den parlamentarischen Beratungen des Gesetzes wurde das Erfordernis des sachlich begründeten Bedürfnisses von verschiedenen Ratsmitgliedern anders aufgefasst. Die einen sahen darin ein sachfremdes Element. Sie vertraten die Auffassung, der Boden des Gewässerschutzes werde verlassen. Die kantonale Fachstelle für Gewässerschutz habe nur für die einwandfreie Beseitigung und Reinigung der Abwässer zu sorgen. Für das Bauen ausserhalb des GKP den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses zu verlangen, stelle eine siedlungspolitische Massnahme dar. Hierfür gebe der Art. 24quater BV keine Grundlage ab. Es handle sich um eine raumplanerische Voraussetzung (7). Ein Minderheitsantrag der vorberatenden Kommission des Nationalrates lautete deshalb auf Streichung dieser Voraussetzung. Es gab andere Nationalräte, welche den raumplanerischen Effekt der Bestimmung nicht bestritten. Sie wiesen jedoch auf das Erfordernis der Kongruenz zwischen Raumplanung und Gewässerschutz hin: "Dieser zur Bekämpfung der Zersiedelung äusserst wichtige Artikel wird sich in den kommenden Jahren nicht nur auf den Gewässerschutz, sondern auch auf die gesamte Raumplanung wohltuend auswirken" (8). Differenziert beurteilte der Sprecher der Kommissionsmehrheit, Binder, die Streitfrage: Raumordnung und Raumplanung sind übergeordnete Begriffe. Die Massnahmen des Gewässerschutzes haben sich danach zu richten. Gewässerschutz soll rationell betrieben werden. Die Streubauweise ist aber abwassertechnisch nur unter grossem Aufwand zu meistern. Binder wiederholt dann die Argumente aus der bundesrätlichen Botschaft und gibt zu bedenken, dass die in naher Zukunft erforderliche dritte (chemische) Reinigungsstufe nur in zentralen Abwasserreinigungsanlagen, nicht in Einzelkläranlagen

---

6 Bericht der Expertenkommission (unveröffentlicht), Botsch. GSchG S. 453. Ferner ORL-Leitbilder I S. 302f.

7 Brosi, StenBull NR 1971 S. 701f., Masoni ebenda S. 702f.

8 Bratschi ebenda S. 656. Aehnlich Wenger, S. 700, Kloter S. 702

möglich sein wird. Die Eindämmung der Streubauweise durch das Erfordernis des sachlich begründeten Bedürfnisses sieht er, wie schon Bratschi, eher als Sekundäreffekt der von Bundesrat, Ständerat und Kommissionsmehrheit des Nationalrates vorgeschlagenen Bestimmung (9). Diese wurde vom Nationalrat schliesslich mit 85 Stimmen gegen 24, die sich für den Antrag der Kommissionsminderheit aussprachen, klar angenommen. Im Ständerat warf die Bestimmung keine Wellen. Zum Streit über die raumplanerische Komponente in Art. 20 GSchG ist noch zu bemerken: Schon lange vor der Beratung dieser Bestimmung war erkannt, dass die Streubauweise einen wirksamen Gewässerschutz stark erschwert, und es waren entsprechende Baubeschränkungen gefordert worden (10).

2.2 Ueberblick über die Auslegungsprobleme

Mit dem Art. 20 betrat der Gesetzgeber Neuland. Das alte Gewässerschutzgesetz hatte keine ähnliche Bestimmung gekannt. Es stellen sich deshalb verschiedene Auslegungsprobleme. Sie sind in ihrer vollen Tragweite erst beim Erlass der Ausführungsbestimmungen durch den Bundesrat und durch die Kantone und mit dem Beginn der Rechtsanwendung erfasst worden:

a) Die Abgrenzung des Baugebietes durch das GKP in Gemeinden ohne Bauzonenplan und das Erfordernis der Koordination mit den Bestimmungen der kantonalen Bau- und Planungsgesetze haben wir in Ziff. E.5 bereits behandelt.

b) Zu bestimmen sind die Kategorien von Bauvorhaben, welche durch Art. 20 GSchG erfasst werden. Die Entscheide, die aufgrund dieser Vorschrift ergehen, sind in die kantonale Ordnung des Baubewilligungsverfahrens einzubauen. Diese Fragen werden uns in Ziff. 2.3 und 4 beschäftigen.

c) Der Begriff des sachlich begründeten Bedürfnisses muss konkretisiert werden. Hierzu sei auf die Ziff. 2.4 und 3. verwiesen.

d) Schliesslich sind die zulässigen Arten der Abwasserbeseitigung zu bestimmen (vgl. Ziff. 2.5).

2.3 Die von Art. 20 GSchG erfassten Bauvorhaben

Nach dem Gesetzestext sind "Gebäude und Anlagen" bewilligungspflichtig. Die Formulierung unterscheidet sich von derjenigen in Art. 19, die "Neu- und Umbau von Bauten und Anlagen aller Art" nennt. Ist deshalb der Kreis der Objekte, für welche die Bewilligungspflicht statuiert wird, innerhalb und ausserhalb des GKP verschieden weit gezogen oder fällt er zusammen? In den Materialien der Entstehungsgeschichte findet sich kein Anhaltspunkt. Eine sorgfältige Gesetzredaktion hätte die Widersprüche verhindern oder gewollte Unterscheidungen klar kennzeichnen müssen. Auszugehen ist vom Erfordernis der Baubewilligung für bestimmte Tatbestände. Der Begriff der

---

9 Binder, StenBull NR 1971 S. 699 und 701
10 Hinweise bei Schindler S. 410f.

Baubewilligung steht als Oberbebriff im Marginale zu den Art. 19 und 20 sowie im Text von Art. 20 selber. Das Gewässerschutzgesetz schreibt somit für die in den beiden Artikeln genannten Bauvorhaben die Baubewilligungspflicht vor. Die Statuierung dieser Pflicht muss sich durch die Erfordernisse des Gewässerschutzes rechtfertigen lassen. Das trifft zu für Bauten und andere Anlagen, bei deren Ausführung, Betrieb und Benützung Abwässer erzeugt oder Gefahren geschaffen werden, welche zu Gewässerverunreinigungen führen können (11). Es gibt aus dieser Sicht keine durchschlagenden Argumente, die Begriffsumschreibung "Neu- und Umbau von Bauten und Anlagen aller Art" und "Gebäude und Anlagen" verschieden weit zu fassen. Die ratio legis: Verhinderung von Gewässerverunreinigungen, gebietet, alle Bauten und Anlagen gleich zu behandeln, also der Bewilligungspflicht zu unterstellen (12). Unter Gebäuden sind Bauten im Sinn unserer Umschreibung in Ziff. G.1.1 zu verstehen, unter Anlagen die übrigen Bauwerke gemäss dieser Umschreibung sowie die weiteren, der Baubewilligungspflicht unterstellten Tatbestände (Ziff. G.1.3). Den Umbaubegriff umschrieb der Bundesrat in Art. 25 AGSchV (unter Ziff. 3.22). Hat der Bundesgesetzgeber damit in die Kompetenz der Kantone, die Baupolizei zu ordnen, eingegriffen? Die Frage ist zu verneinen. Der Bundesgesetzgeber schreibt in den Art. 19 und 20 GSchG die Baubewilligungspflicht aus Gründen des Gewässerschutzes und nur im Sinn eines Grundsatzes vor. Die kantonalen Vorschriften über die Baubewilligungspflicht gehören deswegen nicht zum Gewässerschutzrecht (13). Sie sind daher vom Bundesrat nicht zu genehmigen (Art. 5 Abs. 4 GSchG). Dieser kann nur indirekt überprüfen, ob die Kantone dem Grundsatz nachkommen, nämlich über die Ausführungsvorschriften zu Art. 15 GSchG. Dieser Artikel bestimmt, unter welchen Voraussetzungen neue Einleitungen flüssiger oder gasförmiger Stoffe in Gewässer zulässig sind. Er schreibt hierfür eine Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde vor. Die Umschreibung dieser Bewilligungspflicht ist genehmigungsbedürftig. Sie wird sich zweckmässigerweise an die Baubewilligungspflicht anlehnen und die für den Gewässerschutz erforderlichen Ergänzungen und Anpassungen vornehmen (14).

2.4 Das sachlich begründete Bedürfnis als Voraussetzung für die Erteilung von Baubewilligungen ausserhalb des GKP

2.41 ZIELSETZUNGEN

Der Zweckartikel des Gewässerschutzgesetzes, Art. 2 Abs. 1 lautet:

> Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen sowie die Behebung bestehender Gewässerverunreinigungen im Interesse
>
> - der Gesundheit von Mensch und Tier,

---

11 Bendel, ZBl 75 (1974) S. 423
12 zu diesem Ergebnis kommt auch BGE 100 Ib S. 89f.
13 Bendel, ZBl 75 (1974) S. 421, 423
14 für das bernische Recht hinten Ziff. M.4.31

- der Sicherstellung der Trink- und Brauchwasserversorgung durch die Verwendung von Grund- und Quellwasser und die Aufbereitung von Wasser aus oberirdischen Gewässern,
- der landwirtschaftlichen Bewässerung,
- der Benützung der Gewässer zu Badezwecken,
- der Erhaltung von Fischgewässern,
- des Schutzes baulicher Anlagen vor Schädigung und
- des Natur- und Landschaftsschutzes.

Die Zielsetzungen, die im speziellen mit dem Art. 20 verfolgt werden, sind in Ziff. 2.1 bereits genannt worden:

- Alle Abwässer, die aus Bauten und Anlagen anfallen, sind einwandfrei zu beseitigen.
- Erfahrungsgemäss ist die Einleitung von Abwässern, welche ausserhalb des GKP erzeugt werden, in eine öffentliche Kanalisation mit anschliessender Reinigung in einer zentralen Abwasserreinigungsanlage in der Regel nicht möglich. Sie scheitert an den technischen Möglichkeiten oder an den Kosten. Die Anwendung ungenügender Einzelmassnahmen ist die Folge. Das bedeutet eine ständige Gefahr von Verunreinigungen ober- und unterirdischer Gewässer.
- Andererseits wächst die Tendenz, ausserhalb der eigentlichen Siedlungsgebiete Wohnhäuser, Zweitwohnungen, Wochendenhäuser zu erstellen, ständig an, und zwar mit dem Steigen des materiellen Wohlstandes sowie der Erholungsbedürftigkeit der städtischen Bevölkerung (15).
- Der Gesetzgeber erlässt deshalb ein grundsätzliches Bauverbot ausserhalb des GKP. Bauvorhaben sollen nur ausnahmsweise zulässig sein. Sie werden von einer besonderen Voraussetzung abhängig gemacht.
- Als Sekundäreffekt ist eine Eindämmung der Streubauweise im Gebiet der ganzen Schweiz zu erwarten. Diese Koordination mit den Zielen der Raumplanung ist bewusst und gewollt.

2.42 DIE FRAGE DER VERFASSUNGSMAESSIGKEIT VON ART. 20 GSchG

In der Eintretensdebatte zum Gewässerschutzgesetz behauptete der französischsprachige Kommissionssprecher des Nationalrats, Junod, der gesamte Inhalt des Gesetzes lasse sich auf den Gewässerschutzartikel der Verfassung stützen (16). Bundesrat Tschudi bekräftigte dies im Hinblick auf den Art. 20 (17). Er hielt an dieser Auffassung fest, als Nationalrat Ueltschi in der Sommersession 1973 in einer Motion die Abänderung des Art. 20 mit der Begründung verlangte, die Voraussetzung des sachlich begründeten Bedürfnisses sei ver-

15 s. auch vorn Ziff. J.2.212
16 StenBull NR 1971 S. 653
17 StenBull NR 1971 S. 703

fassungswidrig (18). Das Bundesgericht hat sich in den bisher publizierten Entscheiden zum Gewässerschutzrecht zu diesem Punkt nicht geäussert; denn es kann Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfen (Art. 113/3 BV).
Wird die Verfassungsmässigkeit des in Art. 20 formulierten Bauverbotes mit Ausnahmevorbehalt geprüft, so muss man die Auffassung des Bundesrates, es lasse sich vollumfänglich aus Gründen des Gewässerschutzes (Art. 24quater) rechtfertigen, als falsch ansehen. Um den Anforderungen des Gewässerschutzes gerecht zu werden, hätte eine mildere Fassung der Baubeschränkung genügt. Der Gesetzgeber hätte eine Regel erlassen können, welche für Bauvorhaben ausserhalb des GKP den Anschluss an das öffentliche Kanalisationsnetz auf Kosten des Bauherrn statuiert. Ein sachlich begründetes Bedürfnis hätte nur für Bauvorhaben verlangt werden müssen, welche diese Anforderung nicht hätten erfüllen können. Die Aufgabe, zonenwidrige Bauten ausserhalb der Bauzonen bzw. des GKP unbesehen eines möglichen Kanalisationsanschlusses zu verhindern, wäre dann ausschliesslich durch das Bau- und Planungsrecht zu lösen gewesen. Die hier skizzierte Regel hätte allerdings einem nicht unwesentlichen Punkt der Konzeption der Abwasserreinigung, wie sie im Gesetz enthalten ist, widersprochen. Gemäss Art. 17 des Gesetzes sind die öffentlichen Kanalisationssysteme und die zentralen Abwasserreinigungsanlagen entsprechend der zu erwartenden baulichen Entwicklung zu dimensionieren. Sie sind also vorwiegend für die aus den Bauzonen anfallenden Abwässer auszurichten, entsprechend dem Grundsatz, dass die zur Verfügung stehenden technischen, finanziellen und planerischen Mittel optimal einzusetzen sind (19). Würden nun grössere Abwassermengen aus dem übrigen Gebiet in das Abwassersystem eingeleitet, wäre eine sorgfältige Planung erschwert: Während das Fassungsvermögen der Bauzonen an Bewohnern und Arbeitsplätzen und damit der zu erwartende Abwasseranfall berechnet werden können, stellt das aus dem übrigen Gebiet anfallende Abwasser weitgehend eine Unbekannte dar, besonders wenn ein Anspruch auf Anschluss an das Kanalisationsnetz geschaffen wird oder wenn kantonale Bau- und Planungsvorschriften zur effizienten Verhinderung der Bautätigkeit im übrigen Gebiet fehlen.
Die gewählte Formulierung des Art. 20 trägt mithin allen rational begründbaren gewässerschützerischen Einwänden gegen eine grundsätzliche freie Bautätigkeit ausserhalb des GKP Rechnung. Dennoch kann nicht übersehen werden, dass gleichzeitig ein raumplanerisches Element eingeführt wird. Es reicht über eine blosse Reflexwirkung auf die abwassertechnischen Anforderungen hinaus: Die Voraussetzung des sachlich begründeten Bedürfnisses ist *unabhängig von den gewässerschutztechnischen Fragen zu prüfen.* Die Zulässigkeit dieses raumplanerischen Elementes lässt sich aber gestützt auf Art. 22quater BV begründen. Seit dem 14.9.1969 hat der Bund den Auftrag, "auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze für eine durch die Kantone zu schaffende, der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedelung des Landes dienende Raumplanung" zu erlassen. Art. 20 GSchG kann, soweit raumplanerische Ziele angestrebt werden, als Vorausnahme eines solchen Grundsatzes angesehen werden. Materiell besteht dabei ein klarer und enger Zusammenhang zum Gewässerschutz.

---

18 StenBull Nr 1973 S. 1712ff.
19 Botsch. GSchG S. 451

Das rechtfertigt die Aufnahme in das Ausführungsgesetz zum Gewässerschutzartikel. Der Bund hat also nicht in einem Gebiet legiferiert, in dem er keine Kompetenz hat. Solche Querverbindungen werden sich auch in Zukunft nicht immer vermeiden lassen, weil sich die Gegenstände verschiedener Verfassungsbestimmungen teilweise decken: nebst dem Verhältnis zwischen Art. 22quater und 24quater ist an den Umweltschutzartikel (Art. 27septies) und an den Wasserwirtschaftsartikel (Art. 24bis) zu erinnern (20). Als Formfehler kann dem Gesetzgeber allenfalls angelastet werden, dass er im Ingress des Gewässerschutzgesetzes den Art. 22quater BV nicht anführte. Das Bundesgesetz über die Raumplanung ist hier konsequenter. In seinem Ingress sind - neben Art. 22quater - eine ganze Reihe von Verfassungsbestimmungen genannt, auf welche das Gesetz abgestützt wird.

2.43 DIE KONKRETISIERUNG

Der Begriff des sachlich begründeten Bedürfnisses ist eine Generalklausel, ein unbestimmter Gesetzesbegriff (21). Es stellen sich die gleichen Konkretisierungsprobleme wie bei anderen bau-, erschliessungs- und planungsrechtlichen Generalklauseln (22). Bereits im Nationalrat fragten sowohl Befürworter (23) wie Gegner (24) nach Bedeutung und Auslegung der Klausel. Der Bundesrat hat den Begriff in Art. 27 Abs. 1 und 2 AGSchV recht ausführlich umschrieben. Die Funktion dieser Bestimmungen ist die gleiche wie diejenige von Konkretisierungen im Gesetz selber: sie geben rechtsverbindliche Leitlinien an, sind jedoch nicht abschliessend. Erinnert sei an Art. 24/2 und 3 BauG BE. Die Hauptarbeit bleibt den rechtsanwendenden Verwaltungsbehörden und den Gerichten überlassen. Art. 27 stellt einen Katalog von Topoi zum sachlich begründeten Bedürfnis auf. Die Methode der Topik leistet auch für die Auslegung des Art. 20 GSchG gute Dienste (25).
Art. 20 GSchG verlangt für sämtliche Gebäude und Anlagen ausserhalb des GKP den Nachweis des sachlich begründeten Bedürfnisses. Er kennt keine verschieden strengen Voraussetzungen für die einzelnen Kategorien von Bauvorhaben, wie es etwa das bernische Bau- und Planungsrecht in den Art. 23 bis 25 BauG tut. Der Grund: das Gesetz enthält, da es ja grundsätzlich eine andere Materie regelt, keine Nutzungsvorschriften für das Gebiet ausserhalb des GKP. Es erklärt keine bestimmten Arten von Bodennutzungen als zulässig. Dass solche Vorschriften fehlen, ist ein grösserer Nachteil als die fehlende Verdeutlichung, was unter dem sachlich begründeten Bedürfnis zu verstehen ist. Das Gesetz verbietet nur, es sagt nicht, was in diesem Raum geschehen soll. Darauf können nur die raumplanerischen Vorstellungen über die Gestaltung des Komplementärraums antworten. So ist der Katalog der im übrigen Gebiet zulässigen Nutzungen (26)

20 Der Wasserwirtschaftsartikel und der Gewässerschutzartikel sollen in eine einzige Verfassungsbestimmung umgegossen werden. Ein Vorentwurf ist bereits vorhanden (BBl 1972 II 1188)
21 vorn Ziff. J.1.5
22 vorn Ziff. J.1.2
23 Kloter, StenBull NR 1971 S. 702
24 Brosi ebenda
25 vorn Ziff. J.1.3
26 vorn Ziff. F.4

als wichtige Beurteilungsgrundlage für das sachlich begründete Bedürfnis heranzuziehen. Dabei darf nicht von der Konzeption der differenzierten Nutzungsordnung für das übrige Gebiet ausgegangen werden. Die Art. 19 und 20 GSchG unterscheiden ihrem materiellen Gehalt nach einzig zwischen Baugebiet und übrigem Gebiet.
Was besagt der Ausdruck "sachlich begründetes Bedürfnis" allgemein? Er soll, nach dem klaren Willen des Bundesrats (27), des Ständerats (28) sowie der Mehrheit des Nationalrats (29) und, weil unangefochten geblieben, auch der Mehrheit der Stimmbürger, ein strenger Massstab für die Beurteilung von Bauvorhaben ausserhalb des GKP sein, damit die Zielsetzungen des Gewässerschutzes erreicht werden können. Solche Bauvorhaben sollen auf das unumgänglich Notwendige beschränkt bleiben. Das bedeutet:

- Der Baugesuchsteller muss selber am Bauvorhaben ein Bedürfnis haben, d.h. "in erheblichem Mass interessiert sein" (30).

- Die Notwendigkeit, das Projekt ausserhalb des Baugebiets zu verwirklichen, muss sich anhand objektiver Kriterien schlüssig nachweisen lassen. Wichtigstes Kriterium ist, ob das Bauvorhaben infolge seiner *Zweckbestimmung* ausserhalb des GKP erstellt werden muss, ob es, anders ausgedrückt, standortgebunden ist (31). Diese Frage ist an sich losgelöst von der kantonalen oder kommunalen Nutzungsordnung, welche für das Baugrundstück gilt, zu untersuchen. Diese Ordnung vermag jedoch in vielen Fällen einen Massstab abzugeben. So liegt im übrigen Gebiet oder in einer Landwirtschaftszone ein sachliches Bedürfnis für eine landwirtschaftliche Siedlung vor usw. Ein weiteres Kriterium ist das *öffentliche Interesse* an der Realisierung des Bauprojektes am vorgesehenen Standort (32). Ein solches Interesse kann die Standortgebundenheit begründen, wenn die Zweckbestimmung allein nicht ohne weiteres einen Bauplatz ausserhalb der Bauzonen verlangt. Schiessplätze oder Gebäude zur Lagerung gefährlicher Güter sind nur wegen des öffentlichen Interesses, Lärmimmissionen bzw. Explosionsgefahren von den Bauzonen fernzuhalten, an einen Standort ausserhalb des Baugebiets gebunden. Man könnte in solchen Fällen deshalb von einer "indirekten" oder "mittelbaren" Standortgebundenheit sprechen.

Wenn das Thema dieser Arbeit auf das eidgenössische Gewässerschutzrecht beschränkt wäre, so könnte nun, ohne Bezug auf das kantonale Bau- und Planungsrecht, eine detaillierte Darstellung der Konkretisierung des sachlich begründeten Bedürfnisses folgen. Ich ziehe ein anderes Verfahren vor. Nach einigen grundsätzlichen Ueberlegungen zu Art. 27 AGSchV werde ich die im 4. Teil entwickelte Auslegung der Art. 23 bis 25 BauG BE mit dem eidgenössischen Gewässerschutzrecht konfrontieren. Am stärksten interessiert natürlich, ob und inwieweit das kantonale Recht mit dem Bundesrecht vereinbar ist.

---

27 Botsch. GSchG S. 453
28 StenBull StR 1971 S. 139 (Votum Hofmann)
29 StenBull NR 1971 S. 701 (Votum Binder)
30 BGE 99 Ib 154, 100 Ib 89
31 vgl. Anm. 27 - 29 sowie BGE 99 Ib 155 oben
32 Botsch. GSchG S. 453

2.441 Die alte Fassung

Bis zum 31.12.1974 hatte der Absatz 1 von Art. 27 AGSchV folgenden Wortlaut:

> Das Bedürfnis für einen Neu- oder Umbau ausserhalb der Bauzonen bzw. des durch das GKP abgegrenzten Gebietes gilt als sachlich begründet, wenn der Gesuchsteller auf das geplante Gebäude oder eine Anlage dringend angewiesen ist und deren abgelegener Standort durch ihre Zweckbestimmung bedingt oder im öffentlichen Interesse erwünscht ist. Die Anschlussmöglichkeit an eine Kanalisation begründet in keinem Fall ein sachlich begründetes Bedürfnis.

Absatz 2 lautet:

> Als Bauten oder Anlagen, für die ein sachlich begründetes Bedürfnis im Sinn von Art. 20 des Gesetzes bestehen kann, gelten insbesondere:
>
> - Landwirtschaftsbetriebe, Freilandgärtnereien,
> - Bergbahnstationen, Bergrestaurants, Hochgebirgsunterkünfte,
> - Sanatorien,
> - Militär-, Zivilschutz- und Zollanlagen,
> - Anlagen zur Erschliessung von Rohstoffen,
> - Anlagen zur Herstellung oder Lagerung gefährlicher Güter,
> - Schiessanlagen.

Die allgemeine Gewässerschutzverordnung ist eine Ausführungsverordnung im Sinn von Art. 102 Ziff. 5 BV (33). Das Gewässerschutzgesetz nennt in verschiedenen Bestimmungen die Gegenstände, für welche der Bundesrat Ausführungsvorschriften zu erlassen hat. Im weiteren ist der Bundesrat gestützt auf Art. 102 Ziff. 5 BV ganz allgemein befugt, Ausführungsverordnungen zu Bundesgesetzen zu erlassen, auch wenn eine ausdrückliche Ermächtigung in dem auszuführenden Gesetz fehlt (34). Der Umfang der Rechtsetzungsbefugnis ist beschränkt. Die Ausführungsverordnung hat sich an den Inhalt des Gesetzes und an seine Wertmassstäbe zu halten. Sie kann die Gedanken und Grundentscheidungen des Gesetzes weiterführen, präzisieren, detaillierter fassen, beispielsweise durch die Umschreibung von Begriffen oder durch die Regelung von Gesetzeslücken. Sie darf aber den Geltungsbereich des Gesetzes nicht ausdehnen und seine Grundgedanken nicht sachfremden Zwecken dienstbar machen. Ebensowenig darf sie andererseits "zurückstecken", d.h. die Strenge, mit welcher das Gesetz bestimmte Sachverhalte ordnet, wieder lockern. Die Rechtsnormen der Ausführungsverordnung dürfen im Verhältnis zu denjenigen des Gesetzes nur von sekundärer Bedeutung sein (35).
Hat sich der Bundesrat beim Erlass des Art. 27/1,2 AGSchV an diese Grundsätze gehalten? Er war zweifellos befugt, den Begriff des sachlich begründeten Bedürfnisses zu umschreiben. Aus den Gesetzesma-

---

33 Grisel S. 80, 82f., Aubert, Droit constitutionnel II No 1520, Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 235

34 Aubert a.a.O. No 1525

35 Aubert a.a.O. No 1526, Grisel S. 82f., Imboden, Verwaltungsrechtssprechung I Nr. 235 S. 109

terialien ergibt sich, wie wir oben in Ziff. 2.43 sahen, klar, dass der Gesetzgeber den Art. 20 GSchG als restriktive Vorschrift auffasste. Eine restriktive Begriffsumschreibung in der Ausführungsverordnung war damit geboten. Der Bundesrat durfte nicht zurücknehmen, was der Gesetzgeber wollte. Er durfte insbesondere das raumplanerischen Zwecken dienende Element nicht fallen lassen, wonach das sachlich begründete Bedürfnis unabhängig von der Frage der Abwasserbeseitigung zu prüfen ist.
Betrachten wir nun die Bestandteile der bundesrätlichen Umschreibung in Abs. 1 näher. Sollte sich die Gesetzwidrigkeit der Umschreibung oder einzelner Teile erweisen, so wäre sie für die Gerichte nicht verbindlich, oder nur in der Auslegung, welche sie als mit dem Gesetz vereinbar erachten (36). Das Bundesgericht hat in seinem im BGE 99 Ib 150 publizierten Urteil eingehend zur Frage der Gesetzmässigkeit des Art. 27/1 AGSchV Stellung genommen. Bei der Wertung dieses Urteils ist zu berücksichtigen, dass sich das Gericht bei der Prüfung der Gesetzmässigkeit bundesrätlicher Ausführungsverordnungen gewisse Einschränkungen auferlegt. Es überprüft nur, ob die vom Bundesrat erlassene Norm dem übergeordneten Gesetz und den Gesetzeszwecken entspricht, greift aber in einen allenfalls vorhandenen Ermessensspielraum nicht ein. Sind verschiedene gesetz- und zweckmässige Lösungen möglich und wählt der Bundesrat eine davon, so resprektiert es diesen Entscheid (37).
Die Voraussetzungen, welche zur Anerkennung eines sachlich begründeten Bedürfnisses führen, waren nach der alten Fassung des AGSchV die folgenden:

a) Der Gesuchsteller musste auf das geplante Gebäude oder die Anlage dringend angewiesen sein. Der italienische Text der Verordnung lautete gleich (necessità urgente). Der französische Text verlangte eine "nécessité absolue". Er wich somit von den anderen Fassungen ab, er war strenger. Das Bundesgericht erklärte im zitierten Urteil die deutsche und italienische Fassung als richtig, d.h. dem Wortlaut und dem Sinn des Art. 20 GSchG entsprechend: das Gesetz verlangt auf Seiten des Gesuchsteller ein "bedeutendes, aktuelles, intensives Interesse. Es mutet ihm nicht zu, eine absolute Notwendigkeit nachweisen zu müssen".
Weder der Wortlaut des Art. 27/1 noch die Auslegung des Bundesgerichts beantworteten die Frage, ob die Dringlichkeit nach objektiven Kriterien wie die Befriedigung von Wohnbedürfnissen, die Behebung von Platzmangel bei Gewerbebetrieben, die Notwendigkeit der Verlegung immissionsreicher Anlagen, die Sanierung oder der Ersatz baufälliger Gebäude zu beurteilen ist, oder ob die subjektiv gefärbten Begehren des Baugesuchstellers massgebend sind, wie der Wunsch nach einem ruhigen Wohnhaus abseits des Siedlungsgebiets, nach Hebung des Wohnniveaus über den üblichen Standard hinaus, nach Erholung und Ruhe etc.

b) Die Bestimmung enthielt zwei weitere, *alternative* Voraussetzungen. Der Standort der Baute oder Anlage musste

- durch ihre Zweckbestimmung bedingt oder
- im öffentlichen Interesse erwünscht sein.

---

36 Grisel S 87f.
37 BGE 88 I 281, 92 IV 109f., Grisel S. 87f.

Auch hier lautete der französische Text anders als der deutsche und der italienische. Anstelle des Wortes "bedingt" bzw. "condizionata" wurde das Wort "justifié", also "gerechtfertigt", verwendet. Die Voraussetzung bezüglich der Wünschbarkeit im öffentlichen Interesse bezog sich nicht auf den Standort, sondern auf die Bauten oder Anlagen. Das Bundesgericht erklärte hierzu: Alle Fassungen haben die gleiche Bedeutung. "Ob der in einem bestimmten Projekt vorgesehene abgelegene Standort im öffentlichen Interesse erwünscht sei, kann nicht unabhängig vom übrigen Inhalt des Projektes, insbesondere von der Zweckbestimmung der geplanten Anlage, festgestellt werden. Es ist anzunehmen, dass in allen drei Texten die Wünschbarkeit sowohl der vorgesehenen Zweckbestimmung als auch des gewählten Standorts gemeint ist. Ebenso ist den in der deutschen und der italienischen Fassung stehenden Ausdrücken "bedingt und "condizionata" die gleiche Bedeutung beizumessen, wie das im französischen gebrauchte Wort "justifié" hat. Die Meinung kann nicht sein, dass eine Ausnahmebewilligung abgesehen vom Fall, wo das Vorhaben im öffentlichen Interesse erwünscht ist, nur möglich sein soll, wenn für die Baute angesichts ihrer Zweckbestimmung überhaupt kein anderer Standort als ein solcher ausserhalb des Kanalisationsrayons in Betracht fallen könnte; denn diese Auslegung wäre schwerlich damit vereinbar, dass die Verordnungsvorschrift die 'Erwünschtheit im öffentlichen Interesse' genügen lässt." Auch hier gab das Gericht also den offeneren, weniger einschränkenden Begriffen gegenüber den schärferen den Vorzug. Es relativierte insbesondere den Begriff der Standortgebundenheit. Diese muss einfach vernünftig begründet werden können. Auf die Art der Argumente kommt es grundsätzlich nicht an. Diese Auslegung beachtete nicht, dass die Formel "durch ihre Zweckbestimmung bedingt" nur eine Art der Argumentation gelten lassen will, nämlich die, dass das Bauvorhaben *seiner Funktion wegen* an einen Standort ausserhalb des GKP gebunden ist. Diese Argumentation entspricht den Aeusserungen, die den Gesetzmaterialien zu entnehmen sind: das betreffende Bauobjekt muss "infolge der ihm zugedachten Funktion an einen bestimmten Ort gestellt werden" (38), "situationsgebunden"" sein (39). Auf diese Auslegung deuten auch die in Abs. 2 des Art. 27 angeführten Beispiele. Andererseits überzeugt das Argument des Gerichts, dass die Voraussetzungen "durch die Zweckbestimmung bedingt"" nicht erheblich strenger ausgelegt werden soll als die Voraussetzung "im öffentlichen Interesse erwünscht". Denn krasse Ungleichheiten in den alternativen Voraussetzungen sind zu verhindern.

c) Einfach fiel die Begründung der Gesetzmässigkeit von Satz 2 betreffend die Anschlussmöglichkeit an eine Kanalisation. Diese Bestimmung war ein klassisches Beispiel der präzisierenden Ausführungsvorschrift, die einen Hauptgedanken des Gesetzgebers verdeutlicht: das Vorliegen des sachlich begründeten Bedürfnisses ist unabhängig von den Möglichkeiten der Abwasserbeseitigung zu prüfen. Eine Parallele zu Art. 24 BauG BE drängt sich auf: die Bereitschaft des Eigen-

---

38 Botsch. GSchG S. 453, StenBull StR 1971 S. 139

39 Binder, StenBull NR 1971 S. 701

tümers und die technische Möglichkeit, ein Grundstück im übrigen Gemeindegebiet voll zu erschliessen, stellt keinen wichtigen Grund im Sinn des Gesetzes dar (40).
Das Bundesgericht erklärte den Abs. 1 des Art. 27 im Sinn seiner Erläuterungen als gesetzeskonform. Es stellte auch keine Verletzung allgemeiner Rechtsgrundsätze fest. Immerhin kam es zu gewissen Modifikationen: indem es von den verschiedenen zur Verfügung stehenden Textfassungen jeweils die mildere als richtig und massgebend erklärte, schleifte es einige harte Ecken ab. Es erlaubte damit den Gerichts- und Verwaltungsbehörden eine differenzierte Praxis. Das trug der Idee der Generalklausel Rechnung: sie ist vorwiegend Konkretisierungsauftrag an den Rechtsanwender, weniger an den Verordnungsgeber.

2.442 Die Neufassung von Art. 27/1 AGSchV

Am 6.11.1974 beschloss der Bundesrat eine neue Fassung des ersten Absatzes von Art. 27 AGSchV. Die Aenderung trat am 1.1.1975 in Kraft und lautet:

> Das Bedürfnis für einen Neu- oder Umbau ausserhalb der Bauzonen bzw. des durch das GKP abgegrenzten Gebietes gilt als sachlich begründet, wenn dessen Zweckbestimmung den beanspruchten Standort ausserhalb der Bauzonen bzw. des GKP bedingt und dem Bauvorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Für einen Umbau kann das sachliche Bedürfnis auch dann anerkannt werden, wenn allein dadurch ein Gebäude, dessen Erhaltung im öffentlichen Interesse erwünscht ist, sinnvoll weiter verwendet werden kann. Die Anschlussmöglichkeit an eine Kanalisation ersetzt in keinem Fall die vorgenannten Erfordernisse für die Anerkennung des sachlichen Bedürfnisses.

Gegenüber der alten Fassung sind verschiedene Aenderungen in der Umschreibung des sachlich begründeten Bedürfnisses festzustellen:

a) Das Erfordernis, dass der Gesuchsteller auf das Bauvorhaben dringend angewiesen sein muss, entfällt. Der Bundesrat zog damit die Konseqzenz aus der Erkenntnis, dass diese subjektive Voraussetzung auf seiten des Bauherrn zur Bildung von Beurteilungskriterien wenig taugt (41).

b) Der Nachweis des sachlichen Bedürfnisses kann nur mit der Zweckbestimmung des Bauvorhabens am vorgesehenen Standort ausserhalb der Bauzonen geführt werden. Die frühere Alternativ-Voraussetzung, dass auch die "im öffentlichen Interesse erwünschte" Verwirklichung des Bauvorhabens im übrigen Gemeindegebiet ein sachliches Bedürfnis abgeben kann, besteht nicht mehr. Zur Begründung der Neufassung verweist der Bundesrat auf entsprechende Aeusserungen in den ausser-

---

40 vorn Ziff. J.2.37
41 Erläuterungen des Eidg. Departements des Innern vom November 1974 zur Aenderung der Allg. Gewässerschutzverordnung vom 6.11.1974 (im folgenden Erläuterungen EDI genannt) S. 4, oben Ziff. 2.441.a

parlamentarischen und parlamentarischen Beratungen zu Art. 20 GSchG (42).
Die Neufassung stellt damit noch stärker als die frühere Fassung auf das nutzungsplanerische Modell der Zonenkonformität von Bauten und Anlagen ab: Ausserhalb der Bauzonen standortgebunden und zonenkonform sind vorab solche Bauvorhaben, die einer dort zulässigen Bodennutzung dienen, also der Landwirtschaft, der Forstwirtschaft, dem Abbau von Lagerstätten, der Erholung, der Wassernutzung, der Landesverteidigung (vorn Ziff. F.4). Dazu kommen einzelne Bauten, deren Standortgebundenheit auf andere Art nachweisbar ist, z.B. mit einem öffentlichen Interesse wie dem Immissionsschutz, dem Schutz von Leben und Gesundheit, mit einem technischen Sachzwang (technische Anlagen der PTT, SBB etc.), mit der Verknüpfung eines nichtlandwirtschaftlichen Betriebs mit einem Landwirtschaftsbetrieb (Teilerwerbs-Betrieb, Ziff. J.2.252).

c) Andere Bauten und Anlagen sind nicht gestattet. Eine Ausnahmemöglichkeit besteht nur für Umbauten, welche eine Zweckänderung mit sich bringen. Sie sind zugelassen, wenn ein Gebäude nur auf diese Weise sinnvoll weiterverwendet werden kann. Zusätzliche Voraussetzung ist dabei, dass ein öffentliches Interesse die Erhaltung des Gebäudes rechtfertigt. Der Bundesrat trug damit einer oft erhobenen Forderung Rechnung. Bestehende landwirtschaftliche Gebäude sollen, sofern sie erhaltenswürdig sind, nicht dem Verfall preisgegeben, sondern in Wohnungen umgebaut werden können (43). Als öffentliche Interessen kommen die Erhaltung wertvollen Gutes der bäuerlichen Baukunst und die sinnvolle Weiterverwendung guterhaltener Bausubstanz in Betracht (44). Das eidg. Departement des Innern hatte im Vernehmlassungsverfahren zur Aenderung der AGSchV eine weitergehende Ausnahmebestimmung zur Diskussion gestellt, die lautete: "In besonderen Fällen können Ausnahmebewilligungen für (Neu- und) Umbauten, deren abgelegener Standort nicht durch ihre Zweckbestimmung bedingt ist, erteilt werden, wenn es im öffentlichen Interesse geboten ist" (45).
Trotzdem verschiedene Kantonsregierungen, so die bernische, die erweiterte Ausnahmeklausel befürworteten, begnügte sich der Bundesrat mit der engeren, die sich auf Umbauten beschränkt.

d) Dem Bauvorhaben dürfen keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Dieser Begriff deckt sich materiell mit demjenigen der wesentlichen öffentlichen Interessen gemäss Art. 24 BauG BE, weshalb für die nähere Erläuterung auf Ziff. J.3 verwiesen sei.

e) Der letzte Satz von Abs. 1 betreffend die Anschlussmöglichkeit an eine Kanalisation bringt materiell keine Aenderung gegenüber der früheren Fassung. Die Neufassung hat nur die sprachliche Formulierung zum Gegenstand (46).
Die Gegenüberstellung der beiden Fassungen des Art. 27/1 AGSchV führt zu folgenden Schlüssen:

42 ebenda, ferner Anm. 38 und 39
43 Erläuterungen EDI S. 5
44 vorn Ziff. J.2.253.a
45 Erläuterungen des Eidg. Departements des Innern vom Dezember 1973 zur Revision der Allg. Gewässerschutzverordnung S. 6
46 Erläuterungen EDI S. 5

- Die neue Fassung ist in bezug auf Umbauten, welche Zweckänderungen bestehender Gebäude mit sich bringen, etwas gelockert worden.
- Das gleiche bedeutet der Verzicht auf den Nachweis eines in den persönlichen Verhältnissen des Gesuchstellers begründeten, dringenden Angewiesenseins auf das Bauvorhaben.
- Die Neufassung ist in zwei Punkten schärfer ausgefallen:
  - Die Möglichkeit, ein Bauvorhaben deshalb zu bewilligen, weil es im öffentlichen Interesse erwünscht ist, entfällt. Massgebend ist einzig die Zweckbestimmung. Damit wird Versuchen ein Riegel geschoben, unter dem Titel des öffentlichen Interesses beliebige Argumente für die Bewilligung von Bauten und Anlagen aller Art heranzuziehen, etwa für die Zulassung von einzelnen Ferienhäusern die Förderung des Fremdenverkehrs anzuführen.
  - Zum positiven Erfordernis der Standortgebundenheit des Bauvorhabens tritt die negative Voraussetzung, dass ihm keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen dürfen.

Die Frage der Gesetzmässigkeit der neuen Umschreibung ist wieder zu stellen. Sie ist zu bejahen für das positive Erfordernis, welches die Zweckbestimmung des Bauvorhabens als massgebend erklärt. Allerdings wird auch hier die Formulierung nicht so ausgelegt werden dürfen, dass im Einzelfall nachgewiesen werden muss, dass schlechthin kein anderer Standort als der vorgesehene in Frage kommen kann: Die Standortgebundenheit muss nicht absolut sein, sondern durch vernünftige Argumente begründbar sein (vgl. oben Ziff. 2.441.b). Anders würde die gesetzliche Generalklausel des sachlichen Bedürfnisses in unzulässiger Weise eingeschränkt. Das Fehlen verletzter öffentlicher Interessen unter den Begriff des sachlichen Bedürfnisses zu subsumieren, erachte ich dagegen als gesetzeswidrig. Die beiden Begriffe bezeichnen qualitativ Verschiedenes: Das sachliche Bedürfnis befasst sich einzig mit den Interessen am Bauvorhaben, welche vom Gesuchsteller nachzuweisen sind. Es berührt die Interessen, welche gegen das Bauvorhaben sprechen nicht. Diese sind von den Behörden, welche für die Verwirklichung der öffentlichen Interessen zu sorgen haben, nachzuweisen. Deshalb nennen alle Bau- und Planungsvorschriften, die ich erläutert habe, die Kumulation der beiden Erfordernisse auf der Gesetzesstufe (47).

2.5 Die Arten der Abwasserbeseitigung (Art. 27/3, 4 AGSchV)

Gemäss Satz 2 von Art. 20 und Art. 21 GSchG hat der Bundesrat den Auftrag, Grundsätze für die besonderen Arten der Abwasserbeseitigung aufzustellen, also für Fälle, in denen kein Anschluss an die Kanalisation und an die zentrale Reinigungsanlage möglich ist. Die Abs. 3 und 4 des Art. 27 AGSchV bestimmen für Bauvorhaben ausserhalb des GKP:

47 vorn Ziff. G.4.c sowie Ziff. J. betr. Art. 24 BauG BE, Ziff. N.2.1 betr. Art. 29 RPG

3. Zur Behandlung des Abwassers ist eine geeignete Gruppen- oder Einzelreinigungsanlage zu erstellen, wenn der Anschluss an eine zentrale Reinigungsanlage nicht zweckmässig oder zumutbar ist. Sofern der Abwasseranfall gering und kein geeigneter Vorfluter zur Aufnahme des gereinigten Abwassers vorhanden ist, können abflusslose Gruben erstellt werden.

4. Bei Landwirtschaftsbetrieben kann die Neuerstellung von abflusslosen Gruben für häusliches Abwasser auch anstelle von Gruppen- oder Einzelreinigungsanlagen gestattet werden.

Es gibt also eine *Stufenfolge* der anzuordnenden Massnahmen: Grundsätzlich ist der *Anschluss an eine zentrale Reinigungsanlage* verlangt. Unzweckmässig ist ein Anschluss, wenn sich die Abwässer für die Einleitung in das Kanalisationssystem und in die Reinigungsanlage nicht eignen. Hauptbeispiel solcher Abwässer aus dem übrigen Gemeindegebiet ist die tierische Jauche aus Landwirtschaftsbetrieben. Schwieriger zu umschreiben ist der Begriff der Zumutbarkeit. Zu berücksichtigen sind die technischen Möglichkeiten, überhaupt an eine Kanalisation anschliessen zu können, die Menge der anfallenden Abwässer, die Kosten, die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bauherrn. Nach der bernischen Verwaltungspraxis können Kosten bis zu Fr. 40'000,-- als zumutbar angesehen werden (48). In zweiter Linie ist eine geeignete Gruppen- oder Einzelreinigungsanlage zu erstellen. Unter der *Gruppenreinigungsanlage* ist eine Klein-Kläranlage mit einer mechanischen und mit einer biologischen Reinigungsstufe zu verstehen. Sie soll die Abwässer verschiedener, im gleichen Gebiet gelegenen Abwassererzeuger reinigen und dabei möglichst denselben Wirkungsgrad wie in zentralen Anlagen erreichen (Art. 21 AGSchV). Wird eine solche Anlage nur für ein einzelnes Bauvorhaben erstellt, spricht man von einer *Einzelreinigungsanlage*. Eine solche stellt auch der 3-kammrige Abwasserfaulraum dar. (49).
In zwei Fällen können schliesslich *dichte, abflusslose Gruben* für häusliche Abwasser bewilligt werden:

- wenn der Abwasseranfall gering ist und kein geeigneter Vorfluter zur Aufnahme des gereinigten Abwassers vorhanden ist,
- bei Landwirtschaftsbetrieben.

Gemäss Art. 22 AGSchV muss die regelmässige Entleerung und die einwandfreie Beseitigung des Grubeninhaltes gewährleistet sein. Darunter wird in der Regel die landwirtschaftliche Verwertung verstanden. Hat der Bauherr das hierzu notwendige Land nicht, muss er die erforderliche Ausbringfläche vertraglich sicherstellen. Hierzu kann mit einem Landwirt ein Jaucheabnahmevertrag abgeschlossen oder eine Grundlast begründet werden. Befindet sich das Bauvorhaben in einem empfindlichen Gewässerschutzbereich, wie Zone A oder S gem. Art. 29 GSchG und Art. 8ff. der Verordnung des Bundesrates vom 19.6.1972 zum Schutze der Gewässer gegen Verunreinigung durch wassergefährdende Flüssigkeiten (50), so kann anstelle der landwirtschaftlichen Verwertung die periodische Leerung der Grube und Abführung des Inhaltes in eine Abwasserreinigungsanlage angeordnet

48 Hahnloser S. 14 (betr. ein Ferienhaus unmittelbar am See)
49 ebenda
50 SR 814.226.21

werden. Hierzu ist ein Vertrag mit einem für solche Transporte ausgerüsteten Unternehmer abzuschliessen (51).
In Art. 82/1 KGV wird diese Stufenfolge der anzuordnenden Abwasserbeseitigungsanlagen mit etwas anderen Worten wiederholt. Ihrem materiellen Gehalt nach weicht die Vorschrift von der vorgetragenen Ordnung nicht ab.
Die Art der Abwasserbeseitigung und die einzelnen technischen Auflagen und Bedingungen werden in der Gewässerschutzbewilligung festgelegt.

3. ART. 20 GSchG UND ART. 23 BIS 25 BauG BERN

3.1 Bundesrecht bricht kantonales Recht

Der Art. 20 GSchG regelt aus Gründen des Gewässerschutzes und der Raumplanung die Zulässigkeit von Bauten ausserhalb der Bauzone. Wie verhält sich diese Bestimmung zu kantonalen Bau- und Planungsvorschriften, die denselben Gegenstand regeln? Massgebend für dieses Verhältnis ist der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht". Er bedeutet: "Jeder kantonale Rechtssatz, der im Gegensatz zu den Kompetenzbestimmungen der Bundesverfassung und zum kompetenzgemässen Bundesrecht steht, ist ungültig" (52). Die Konkurrenz ist also nicht nur eine zwischen Rechtssätzen, sondern vielfach eine von Kompetenzen. Es stellt sich m.a.W. das Problem, wem die Kompetenz zur Normierung des Gegenstandes rechtens zukommt, dem Bund oder dem Kanton (53). Wird der Widerspruch eines kantonalen Rechtssatzes zu einem solchen des Bundes festgestellt, so gilt die kantonale Norm als *nichtig* (54). Ob ein Widerspruch vorliegt, ist durch Auslegung der Rechtssätze zu untersuchen. Das kann ein subtiles Abwägen zwischen den vom kantonalen und vom eidgenössischen Gesetzgeber geltend gemachten Interessen erfordern (55). Aber alle Versuche, die Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen aufgrund der Bundesverfassung abzugrenzen, können durch den Bundesgesetzgeber zunichte gemacht werden. Da gemäss Art. 113/3 BV Bundesgesetze unbedingt gelten, braucht er sich nicht an die Ausscheidung in der Verfassung zu halten. Eine kompetenzverletzende Norm in einem Bundesgesetz ist auf jeden Fall gültig. Es haben ihm widersprechende kantonale Normen, die der Kompetenzabgrenzung entsprechen, zu weichen (56).
Nach diesen Grundsätzen ist das Verhältnis zwischen Art. 20 GSchG und Art. 23 - 25 BauG zu prüfen.
Nicht zweifelhaft ist, dass beide Gesetze denselben Gegenstand, dasselbe "soziale Substrat" normieren (57), nämlich die Baumöglichkeiten ausserhalb des Baugebiets. Der Bund kann sich für seine Kompetenz auf Art. 24quater (Gewässerschutz) und auf Art. 22quater

---

51 Hahnloser S. 16
52 Widmer S.9
53 ebenda S. 7f., 15ff., Imboden, Bundesrecht S. 60f., Aubert, Droit constitutionnel I Nos 639ff.
54 Widmer S. 10, Imboden, a.a.O. S. 115ff., Aubert, a.a.O. No 643 sowie BGE 76 I 320, 78 I 213
55 Imboden a.a.O. S. 50
56 Widmer S. 8f., 55f., Imboden a.a.O. S. 73, Aubert a.a.O. No 642
57 Imboden a.a.O. S. 91

(Raumplanung) der Bundesverfassung berufen. Der Kanton macht ebenfalls die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Bau- und des Raumplanungsrechts geltend.
Die beiden Verfassungsbestimmungen weisen dem Bund verschieden weit gesteckte Kompetenzen zu. Nach Art. 24quater kann er die Gegenstände des Gewässerschutzes vollständig regeln. Die Kantone können legiferieren, soweit sie vom Bundesgesetzgeber dazu ermächtigt werden oder soweit dieser einen Teilgegenstand nicht regelt. (58). Auf dem Gebiet der Raumplanung (Art. 22quater) ist die Kompetenz des Bundes darauf beschränkt, Grundsätze zu erlassen. Es handelt sich um allgemeine, leitende Rechtssätze, um Rahmenvorschriften (59). Die Gesetzgebungskompetenzen konkurrieren somit in beiden Sachgebieten zwischen Bund und Kantonen, wobei die Grenzen verschieden abgesteckt sind (60). Vergleichen wir die Texte der Art. 20 GSchG und Art. 23 - 25 BauG miteinander, so glauben wir auf den ersten Blick klare Widersprüche festzustellen. Sie scheinen die Nichtigkeit der kantonalen Regelung seit dem Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes zu bedeuten. Eine genauere Untersuchung, welche Satz für Satz der Bestimmungen in Art. 23 - 25 BauG auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht überprüft, zeigt aber, dass eine so generelle Aussage falsch ist. Bei dieser Prüfung ist zu beachten:

a) Der Art. 20 GSchG gilt als Norm eines Bundesgesetzes unbekümmert darum, ob sich der Gesetzgeber an die Kompetenzausscheidung in der Bundesverfassung gehalten hat, vor dem kantonalen Recht. Er geht aber nur im Hinblick auf die Belange des Gewässerschutzes über den Verfassungsauftrag des Bundes hinaus. Wir haben dargelegt, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine Kompetenzanmassung handelt, da der Bund auch auf dem Gebiete der Raumplanung eine verfassungsmässige Kompetenz hat. Der Bund konkurriert seit dem Inkrafttreten des Art. 22quater BV in der Raumplanungsgesetzgebung mit den Kantonen. Er kann jederzeit ganz oder, wie vorliegend, teilweise von seiner Kompetenz gebrauch machen. Mit dem Prinzip, dass Bauten und Anlagen ausserhalb des Baugebiets nur in Ausnahmefällen zulässig sind, hat er sich an den Rahmen des Verfassungsauftrages gehalten: es handelt sich um einen Grundsatz im Sinn von Art. 22quater/1 BV, der allerdings unmittelbar gilt (61).

b) Für die kantonale Gesetzgebung gilt: Da Art. 20 GSchG eine unmittelbar, also auch für den Grundeigentümer geltende Regel ist, bedarf sie grundsätzlich keiner ergänzenden kantonalen Norm. Sie enthält allerdings einen unbestimmten Gesetzesbegriff, eine Generalklausel, das sachlich begründete Bedürfnis. Der Bund hat sie in Art. 27 AGSchV konkretisiert. Sie ist ein Begriff des Bundesrechts und damit einer kantonalen Normierung entzogen. Die Auslegung und Präzisierung eines bundesrechtlichen Begriffes gehört nicht zur Kategorie der notwendigen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen im Sinn von Art. 5/2 GSchG (62).

58 Botsch. GSchG S. 428f., Schindler S. 429ff., Bendel, ZBl 75 (1974) S. 421
59 Aubert/Jagmetti Nos 28ff.
60 Aubert, Droit constitutionnel I Nos 686, 689, 700ff.
61 Aubert/Jagmetti No 31 a. E S. 147
62 Fleiner/Giacometti S. 126

c) Für die kantonale Verwaltungs- und Gerichtspraxis gilt: Kantonale Vorschriften über die Baumöglichkeiten ausserhalb der Bauzone müssen bundesrechtskonform, d.h. dem Sinn und Zweck des Art. 20 GSchG entsprechend ausgelegt werden (63). Ist das nicht möglich, sind sie bundesrechtswidrig und daher nichtig. Diese Folge hätte beispielsweise den Art. 6 BVG bezüglich seines Ermächtigungscharakters und bezüglich der Rechtswirkungen der Landwirtschaftszonen getroffen, wäre er am 1.7.1972 noch in Kraft gewesen (64): Art. 20 GSchG schreibt die Abgrenzung zwischen Bau- und Nichtbaugebiet durch Zonenpläne oder GKP zwingend vor und lässt die Uebernahme der Erschliessungskosten durch den Bauherrn als Voraussetzung zum Bauen ausserhalb des GKP nicht genügen.

d) Die kantonalen und kommunalen Nutzungsvorschriften für die nicht dem Baugebiet zugewiesenen Landflächen können über Art. 20 GSchG hinausgehen, also strenger sein. Denn Art. 20 verfolgt primär Belange des Gewässerschutzes. Aus Gründen der Raumplanung, allenfalls der Baupolizei können sich weitergehende Differenzierungen aufdrängen. Insbesonders werden alle Vorschriften, die sich mit einer anderen als der baulichen Bodennutzung befassen, durch Art. 20 GSchG nicht betroffen. Ob eine Zonenordnung nebst den Bauzonen bloss übriges Gebiet kennt oder den Komplementärraum differenziert behandelt, wie durch Bezeichnung von Landschaftsschutzzonen, Gefahrenzonen, Landwirtschaftszonen, ist für den Gewässerschutz unerheblich. Die baulichen Nutzungsbeschränkungen in Art. 20 GSchG stellen mithin eine blosse *Minimalschranke* dar: Die Baumöglichkeiten dürfen nach kantonalem Recht nicht weitergehen, wohl aber restriktiver sein. Deshalb gilt für die Rechtsanwendung: Wird im Einzelfall ein sachlich begründetes Bedürfnis anerkannt, so bedeutet das noch nicht, dass das Bauvorhaben bewilligt werden darf. Es ist weiter zu prüfen, ob es auch nach den kantonalen Bau- und Raumplanungsvorschriften zulässig ist.

3.2 Art. 20 GSchG und Art. 23 BauG

3.21 BAUVORHABEN NACH ART. 23/2 BauG

Der Art. 20 GSchG kennt keine Unterscheidung zwischen zonenkonformen und anderen Bauvorhaben. Er verlangt für sämtliche Bauten und Anlagen den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses. Für das Bundesrecht ist unerheblich, ob das kantonale Recht für zonenkonforme Bauvorhaben Erleichterungen vorsieht. Das bedeutet andererseits noch nicht die Bundesrechtswidrikeit des Art. 23/2 BauG.

a) Für landwirtschaftliche Betriebsgebäude und für Wohngebäude, die der bäuerlichen Bevölkerung und ihren Hilfskräften dienen, liegt ein sachlich begründetes Bedürfnis immer vor. Es sind standortgebundene und zonenkonforme Bauvorhaben. Die Landwirtschaftsbetriebe sind denn auch in Art. 27/2 AGSchV an erster Stelle genannt. Schwierigkeiten treten bei der Frage auf, wann ein Wohnbauprojekt für die bäuerliche Bevölkerung vorliegt, wann nicht. Mit dieser Abgrenzungs-

63 Imboden, Bundesrecht S. 23f., 66, RRB Nr. 3442/1974 E 3, VGE [illegible]

64 Text vorn Ziff. E.3.22 und H.2

frage befasst sich das in BGE 100 Ib 86 publizierte Urteil des Bundesgerichts.
Der Sachverhalt:
Ein bisher in der Stadt wohnendes Lehrerehepaar kaufte ein landwirtschaftliches Kleinheimwesen von 2,6 ha samt Scheune. Das Wohnhaus behielt die Verkäuferin, räumte dem Ehepaar jedoch ein Kaufsrecht ein, das es nach ihrem Tod ausüben kann. Die neuen Eigentümer bearbeiten das Land selber, der Lehrer will im weiteren wissenschaftliche Tierbeobachtungen anstellen. Kann er für sich auf dem Heimwesen eine Wohnbaracke aufstellen? Das Bundesgericht erklärt, es müsse verhindert werden, dass finanzkräftige Leute durch Kauf und anschliessenden Umbau landwirtschaftlicher Kleinheimwesen zu Wohnungen im übrigen Gebiet kommen, ohne aber die Landwirtschaft ernstlich weiterführen zu wollen. Solche Umgehungsprojekte dürften nicht bewilligt werden. Daneben dürften jedoch echte bauliche Sanierungen von Landwirtschaftsbetrieben nicht verunmöglicht werden. Ob die Eigentümer den Betrieb im Haupt- oder Nebenberuf, ausschliesslich oder vorwiegend aus wirtschaftlichen oder aber aus ideellen Gründen wie aus Liebhaberei oder zu Forschungszwecken führen, komme es dabei nicht an. Besonders wenn Rindvieh gehalten werde, sei eine Wohnung des Betriebsinhabers auf dem Gehöft oder in unmittelbarer Nähe erforderlich. Das Gericht kommt zum Schluss, dass das Aufstellen der Wohnbaracke keinen Umgehungstatbestand darstellt und daher ein sachlich begründetes Bedürfnis vorliegt. Mit geeigneten Mitteln muss dafür gesorgt werden, dass das alte Wohnhaus nach dem Ableben der Verkäuferin nicht mehr als Wohnhaus benützt wird.
An der gleichen Sitzung fällte das Bundesgericht zwei weitere Urteile zu ähnlichen Sachverhalten:
Ein Automechaniker und Teilhaber eines Garagebetriebs in Luzern kaufte ein Heimwesen von 3,85 ha Wiesland, 1,23 ha Wald, mit Wohnhaus und angebauter Scheune samt landwirtschaftlichem Inventar. Er will hier Wohnsitz nehmen und das Heimwesen selber bewirtschaften. Als Ersatz für das baufällige Wohnhaus beabsichtigt er, ein stilreines Luzerner Bauernhaus, das er andernorts abbrechen will, hier wieder aufzubauen. Die Scheune soll für einen Rindermastbetrieb umgebaut und erweitert werden. Mit den gleichen Ueberlegungen wie im ersten Fall bejaht das Gericht das Vorliegen eines sachlich begründeten Bedürfnisses.
Ein Rechtsanwalt aus Siebnen (SZ), der hier seine Praxis führt, kaufte oberhalb Weggis ein Kleinheimwesen von 3 ha Wiesland und Obstbäumen, 1 ha Wald, mit Wohnhaus und Scheune. Er hält Schafe. Er will das 150-jährige Bauernhaus abbrechen und durch einen Neubau für gehobene Ansprüche im Chaletstil ersetzen. Das Gericht kommt aufgrund weiterer Details im Sachverhalt zum Schluss, dass der Neubau viele Jahre lang, nämlich solange der Gesuchsteller seine Anwaltspraxis führt, in erster Linie dem zeitweisen Aufenthalt dienen wird. Hierzu fehlt ein sachliches Bedürfnis. Für den zeitweisen Aufenthalt zur Erledigung der notwendigen landwirtschaftlichen Arbeiten genügt eine "bescheidene Unterkunftsstätte". Das Gericht verneint also das Vorliegen eines Sanierungstatbestandes.
Vergleichen wir diese Auslegung des Art. 20 GSchG mit unserer Auslegung des Art. 23/2/1. Satz BauG (Ziff. I.2.21), so stellen wir fest:

- Nach bernischem Baurecht kann in allen drei Fällen kein Wohnhaus nach Art. 23/2 BauG erstellt werden. Es handelt sich um blosse

Nebenerwerbsbetriebe. Keiner der drei Gesuchsteller gehört zur bäuerlichen Bevölkerung im Sinn des Gesetzes. Sie können es auch nicht werden, weil ihre Betriebe viel zu klein sind, um mehr als einen Nebenerwerb zu bringen.

- Die Bauvorhaben könnten nach bernischem Recht nur mit einer Ausnahmebewilligung gem. Art. 24 BauG realisiert werden. Es findet sich in unserem Katalog kein wichtiger Grund, unter den solche Wohnbauten subsumiert werden könnten. Es drängt sich aber nicht auf, einen solchen anzuerkennen. Würde in einzelnen Fällen die Errichtung von Wohnbauten zur Führung von Klein- und Zwergbetrieben gestattet, so wäre der Gesetzesumgehung Tür und Tor geöffnet. Denn nichts ist leichter, als im Baubewilligungsverfahren die Anbaubereitschaft und das Halten von Tieren aller Art zu erklären. Es bestehen keine Möglichkeiten, den Gesuchsteller später zur Führung des Betriebs zu zwingen. Wer kann verhindern, dass der Garagist nur das Wohnhaus errichtet und die Stallerneuerung vergisst? Entsprechende Auflagen in der Baubewilligung könnten nicht erzwungen werden. Es ist durchaus möglich, Kleinbetriebe vom Baugebiet aus zu führen. Es gibt viele Anbauarten, die kein dauerndes Wohnen auf dem Betrieb erfordern. Der Fall des Rechtsanwalts zeigt das. Dazu ist im Interesse einer rationellen, leistungsfähigen Landwirtschaft erwünscht, dass Kleinbetriebe zusammengelegt werden, so dass Heimwesen entstehen, welche eine volle Existenz bieten. Anders kann einer der wichtigsten Gesetzeszwecke nicht erreicht werden: der Landwirtschaft den wichtigsten Produktionsfaktor, den Boden, zu tragbaren Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Durch eine grosszügige Baubewilligungspraxis wird die Nachfrage nach Kleinheimwesen unter den Nichtlandwirten kräftig angeheizt (65). Es ist deshalb völlig verfehlt, bei solchen Sachverhalten von der "Sanierung" von Landwirtschaftsbetrieben zu sprechen. Im Vordergrund steht immer das Streben nach einer Wohngelegenheit ausserhalb der Bauzone. Die wohlgemeinte Aeusserung des Bundesgerichts, Gesetzesumgehungen dürften nicht toleriert werden, wird folgenlos bleiben, wenn es seine Praxis nicht verschärft.

Aus dieser Gegenüberstellung folgt: Die unbeschränkte Zulassung landwirtschaftlicher Betriebsgebäude und Wohngebäude für die bäuerliche Bevölkerung, welche diesen Namen verdient, nach Art. 23/2/1. Satz BauG widerspricht dem Bundesrecht nicht.

b) Nicht anders ist es mit den standortgebundenen Lagerungs- und Verarbeitungsbetrieben der Urproduktion, wobei unter der Urproduktion der primäre Wirtschaftssektor ohne den Abbau von Lagerstätten zu verstehen ist. Satz 2 von Art. 23/2 BauG hält vor Art. 20 GSchG stand.

c) Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe gemäss Satz 3 von Art. 23/2: Soweit der Boden massgebender Produktionsfaktor solcher Betriebe ist, ist auch hier das sachlich begründete Bedürfnis anzuerkennen. Es liegt aber auch bei Betrieben vor, welche nicht primär Boden bewirtschaften, nämlich die als selbständige Betriebseinheiten bestehenden

---

65 Bereits äusserte sich am Städtetag 1974 der Landwirtschaftsdirektor von Appenzell-Innerrhoden in diesem Sinn ("Der Bund" vom 27.10.1974 S. 6), ähnlich Nationalrat Nef Sten Bull NR 1974 S. 38

Mastbetriebe, welche die Futtermittel nicht aus eigenem Boden ziehen, sondern kaufen. Infolge ihrer unangenehmen Geruchs- und Lärmimmissionen und ihrer engen Zugehörigkeit zum primären Wirtschaftssektor gehören sie nicht in die Baugebiete. Damit ist das Interesse an einem Standort ausserhalb der Siedlungen genügend dargetan.

3.22 BAUVORHABEN NACH ART. 23/3 BauG

Nach dieser Vorschrift sind Umbauten und Erneuerungen bestehender nichtlandwirtschaftlicher Gebäude im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung ohne besondere Erschwerung zulässig. Diese Bauvorhaben sind nicht Gegenstand des Art. 20 GSchG. Das ergibt sich aus Art. 25 AGSchV. Diese Bestimmung lautet in der seit 1.1.1975 gültigen Fassung:

> Bauliche Veränderungen gelten als Umbau im Sinne der Artikel 19 und 20 des Gesetzes, wenn dadurch die einer bestimmten Nutzung (Wohnen, Landwirtschaft, Gewerbe und dergleichen) dienenden Räumlichkeiten um mehr als einen Viertel vergrössert werden oder im gleichen Verhältnis anders genutzt oder gebraucht werden können.

Die bundesrechtliche Regelung erfasst somit nur Bauprojekte, die gemäss unserer Systematik Erweiterungen und Ausbauten darstellen (vgl. Ziff. I.5.4). Diese fallen unter Art. 24 BauG. Die Frage der Bundesrechtswidrigkeit stellt sich bei Art. 23/3 BauG in einem Punkt. Der Grosse Rat hat, wie gesehen, in Art. 8/2 NBR die betrieblich notwendige Erweiterung bestehender nichtlandwirtschaftlicher Betriebe im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung als zulässig erklärt. Ich liess in Ziff. I.5.61 die Frage der Gesetzmässigkeit der Vorschrift im Licht von Art. 23/3 BauG offen. Aus Art. 25 AGSchV folgt klar, dass der Gesetz- und der Verordnungsgeber auf Bundesstufe für die Erweiterung von Betriebsgebäuden den Nachweis eines sachlich begründeten Bedürfnisses verlangen, wenn sie das Ausmass von einem Viertel überschreitet. Stellt nun eine aus betrieblichen Gründen notwendige Gebäuderweiterung gleichzeitig ein sachlich begründetes Bedürfnis dar? Diese Gleichsetzung kann nicht generell angenommen werden. Es ist eine Prüfung des Einzelfalls notwendig. Als Richtlinien können angegeben werden:

- Das Expansionsbedürfnis privatwirtschaftlicher Unternehmungen, in der bernischen Verwaltungs- und Gerichtspraxis von jeher ein wichtiger Grund für die Erteilung bau- und planungsrechtlicher Ausnahmebewilligungen aller Art. (66), stellt für sich allein kein sachlich begründetes Bedürfnis dar.
- Die Standortgebundenheit muss nachgewiesen werden, wobei eine solche aus betriebswirtschaftlicher und betriebstechnischer Sicht gemeint ist: Wenn ein Betrieb expandieren will und sich die bisher geführten Betriebszweige nicht ohne weiteres räumlich trennen lassen, soll er nicht auseinander gerissen werden.
- In vielen Fällen ist die betriebliche Erweiterung auch im öffentlichen Interesse erwünscht, besondes in wirtschaftlichen Randge-

66 vorn Ziff. I.5 und Anm. 133, I.5.61

bieten, in denen sich viele Betriebe ausserhalb der Bauzonen befinden und die Angebote an erschlossenem Land innerhalb von Bauzonen rar sind. Nach der Neufassung von Art. 27/1 AGSchV kann dieses Interesse allerdings bloss noch sekundär berücksichtigt werden.

- Ein sachlich begründetes Bedürfnis müsste dann verneint werden, wenn sich ein Betrieb trotz örtlicher Aufteilung führen lässt und für das Bauprojekt geeignetes Bauland in zumutbarer Entfernung vom Stammbetrieb vorhanden ist. So wird sich die Verdoppelung eines Betriebsgebäudes in der Nähe einer Siedlung vermeiden lassen, wenn die Gemeinde eigenes Land als Industrie- oder Gewerbezone ausscheidet, erschliesst und zu günstigen Bedingungen an Interessenten abgibt. Es liegt dann weder eine Standortgebundenheit des Bauprojektes vor, noch kann ein öffentliches Interesse an seiner Realisierung ausserhalb der Bauzonen nachgewiesen werden (67).

Im weiteren ist darauf hinzuweisen, dass einige Tatbestände,die durch Art. 25 AGSchV vom Umbaubegriff nach Gewässerschutzrecht ausgenommen worden sind, nach wie vor der Ausnahmebewilligungspflicht nach Art. 24 BauG unterworfen sind, nämlich (vgl. Ziff. I.5):

- die blosse Zweckänderung dadurch, dass bisher der bäuerlichen Bevölkerung dienende Wohnbauten an Nichtlandwirte veräussert und von diesen bewohnt werden (68),
- die Erweiterung sowie die mit einer Zweckentfremdung verbundene Aenderung (Umbau, Erneuerung, Ausbau) bestehender Wohnbauten, auch wenn die Räumlichkeiten zu weniger als einem Viertel vergrössert bzw. anders genutzt werden,
- die vollständige Umgestaltung eines Gebäudes, die einem Neubau gleichkommt. Das in den Materialien angeführte Beispiel des Patrizierhauses, das in ein Mehrfamilienhaus umgebaut wird (69), geht über den Umbau- und Erneuerungstatbestand des Art. 23/3 hinaus, denn die bisherige Zweckbestimmung wird klar gesprengt.

3.3 Art. 20 GSchG und Art. 24 BauG

3.31 DAS SACHLICH BEGRUENDETE BEDUERFNIS UND DER WICHTIGE GRUND

Beide Begriffe stellen konkretisierungsbedürftige Generalklauseln dar. Beide sind durch generell-abstrakte Rechtssätze in nicht-abschliessender Weise verdeutlicht worden, nämlich in Art. 27 AGSchV bzw. in Art. 24/2 BauG. Bedeuten sie dasselbe oder fallen sie auseinander? Wir können diese Frage nur beantworten, wenn wir die Generalklauseln im logisch-systematischen Zusammenhang der beiden Gesetze betrachten. Dabei ergeben sich folgende Unterschiede:

- Das Gewässerschutzrecht verlangt für *sämtliche* Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen bzw. der GKP den Nachweis des sachlich begrün-

---

67 BGE 99 Ib 158
68 Erläuterungen EDI S. 2
69 ebenda

deten Bedürfnisses, während der wichtige Grund nach Baugesetz *nur* für *nichtlandwirtschaftliche* Bauten nachgewiesen werden muss.

- Der Bundesrat hat der Auslegung des sachlichen Bedürfnisses durch Art. 27/1 AGSchV eine klare Richtung gegeben: es kann nur mit der Zweckbestimmung des Bauvorhabens begründet werden, welche die Errichtung an einem Standort ausserhalb der Bauzone bedingt. Eine Sonderstellung nimmt einzig der mit einer Zweckänderung verbundene Umbau ein. Demgegenüber ist die Auslegung des wichtigen Grundes offener. Sie umfasst zwar auch standortgebundene, nichtlandwirtschaftliche Bauten, aber darüberhinaus sind noch gewisse nichtstandortgebundene, zonenwidrige Bauten zulässig. Sie sind vor allem in Abs. 2 des Art. 24 umschrieben. Die hier genannten Tatbestände schaffen sogar eine Art Anspruch auf Ausnahme. Schliesslich erlaubt es Art. 24 BauG noch, in besonders gelagerten Fällen - den Härtefällen im eigentlichen Sinn - überhaupt nur auf die persönlichen Verhältnisse des Gesuchstellers abzustellen.

Der Begriff des wichtigen Grundes ist also in einzelnen Punkten *weiter gefasst* als derjenige des sachlich begründeten Bedürfnisses. Das bedeutet, dass nicht alle wichtigen Gründe mit dem bundesrechtlichen Begriff des sachlichen Bedürfnisses vereinbar sind. Der in Ziff. J.2.2 aufgestellte Topoi-Katalog zu den wichtigen Gründen ist daher im folgenden auf seine Uebereinstimmung mit dem Bundesrecht zu untersuchen.

3.32 BAUVORHABEN NACH ART. 24/2/a-d BauG

a) Wir nannten in Ziff. J.2.211 und 213 die Bauvorhaben, welche zur touristischen Entwicklung und zur Förderung von Gebieten, die wirtschaftlich auf den Fremdenverkehr angewiesen sind, beitragen können (Art. 24/2/a):

- Standortgebundene Fremdenverkehrseinrichtungen: Für sie ist ein sachlich begründetes Bedürfnis anzuerkennen. Art. 27/2 AGSchV nennt einige davon: Bergbahnstationen, Bergrestaurants, Hochgebirgsunterkünfte.

- Weitere Bauten, die einen erheblichen Förderungseffekt erwarten lassen: Solange die erste Fassung von Art. 27/1 AGSchV galt, konnten sie als im öffentlichen Interesse erwünscht angesehen werden. Es konnte deshalb ein sachlich begründetes Bedürfnis anerkannt werden. Nach der neuen Fassung muss in jedem Fall eine Standortgebundenheit nachgewiesen werden können, was selten gelingen dürfte. Den Gemeinden bleibt somit nur übrig, für solche Bauvorhaben geeignete Bauzonen auszuscheiden.

- Ein sachliches Bedürfnis liegt vor, wenn Ferienwohnungen auf Landwirtschaftsbetrieben eingerichtet werden. Sie sollen dem Betriebsinhaber einen regelmässigen Nebenerwerb bringen. Sie können nur im unmittelbaren Bereich der landwirtschaftlichen Siedlung untergebracht werden und sind insoweit an einen Standort ausserhalb der Bauzonen gebunden (70). Die Einschränkungen, welche wir in

70 Diese Auffassung wird vom Departement des Innern geteilt (Unveröffentlichter Vortrag, gehalten an der Konferenz der kantonalen Gewässerschutzdirektoren vom 28.9.1973 in Bern)

Ziff. J.2.213 nannten, gelten auch für Art. 20 GSchG.

- Die Erstellung einzelner Ferienhäuser ist nicht nur nach Art. 24/2/a BauG ausgeschlossen, sondern gemäss der Praxis des Bundesgerichts auch nach Art. 20 GSchG (71).

Diese Bestimmung erweist sich nur in dieser einschränkenden Auslegung als bundesrechtskonform.

b) Die Erhaltung von Landwirtschaftsbetrieben durch Landverkäufe gemäss Art. 24/2 lit. b: Nach der Konzeption der Bestimmung liegt der wichtige Grund beim Landwirt, der einen existenzfähigen Landwirtschaftsbetrieb nur durch die Abgabe von Bauland sanieren bzw. in notwendigem Umfang rationalisieren kann. Er benötigt also Geld. Auf die Ueberbauung der veräusserten Grundstücke ist er nicht angewiesen. Die Ueberbauung wird seinem Betrieb im Gegenteil lästige Immissionen aller Art bringen. Ein Interesse an der Ueberbauung hat nur der Landkäufer. Sein Bauprojekt ist jedoch nicht standortgebunden und in der Regel - als Streubau - aus öffentlichen Interessen unerwünscht. Das öffentliche Interesse geht allein dahin, den Landwirtschaftsbetrieb zu erhalten. Somit entspricht der Tatbestand keinem der Elemente, welche zur Anerkennung eines sachlich begründeten Bedürfnisses erforderlich sind. Der in Art. 24/2/b konkretisierte wichtige Grund widerspricht dem Art. 20 GSchG und ist nichtig. Die Konsequenz kann nur sein, dass Bund und Kanton auf andere Art die finanziellen Mittel zur Verfügung stellen, um den Landwirten beizustehen, welche aus eigener Kraft ihre Betriebe nicht zu sanieren vermögen. Neben den bereits bestehenden Hilfsmassnahmen (72) sind weitere im Rahmen des Investitionshilfegesetzes für Berggebiete sowie das Projekt von flächenbezogenen Bewirtschaftungsbeiträgen in Vorbereitung (73). Schliesslich ist der volkswirtschaftliche Ausgleich zu Gunsten der Landwirtschaft zu nennen, der in Art. 45/1 RPG vorgesehen ist. Diese Hilfsmassnahmen sind adäquate Mittel zur Sanierung von Landwirtschaftsbetrieben, nicht die Landverkäufe, welche Bauten nach sich ziehen, die sowohl aus Gründen des Gewässerschutzes wie der Raumplanung höchst unerwünscht sind.

c) Bauvorhaben für Angehörige des Grundeigentümers nach Art. 24/2 lit. c: Diese Bestimmung teilt das Schicksal der vorangehenden. Sie ist nichtig. Auch wenn sie, wie in Ziff. J.2.231 vorgetragen, auf Angehörige von aktiven Landwirten beschränkt wird, sind die Voraussetzungen des Art. 20 GSchG in der Regel nicht gegeben. Wohnbauten Angehöriger sind nicht standortgebunden. Da sie auswärts arbeiten, können sie auch dort wohnen (74).

Es gibt Fälle, in denen Baubedürfnisse von Angehörigen als sachlich begründet zu werten sind. Das trifft zu, wenn der Angehörige die Voraussetzungen der bäuerlichen Hilfskraft zwar nicht erfüllt, seine dauernde Anwesenheit auf dem Betrieb jedoch aus betriebswirtschaft-

71 BGE 99 Ia 338

72 vorn Ziff. J.2.22 Anm. 195

73 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über Investitionshilfe für Berggebiete vom 16.3.1973, BBl 1973 I S. 1589ff., insbes. S. 1597f. Das Gesetz wurde am 28.6.1974 verabschiedet und trat am 1.3.1975 in Kraft (AS 1975 I 392).

74 In diesem Sinn RRB Nr. 3442/1974 E.4.c, d

lichen Gründen erwünscht oder sogar geboten ist: Er hilft *regelmässig* und *dauernd* zur Bewältigung der täglichen und saisonalen Arbeitsspitzen mit, also morgens, abends, während der Ernte. Er vertritt den Betriebsleiter oder einen Angestellten an Wochenenden oder während ihrer Ferien. Diese subjektive Bereitschaft und Fähigkeit des Angehörigen zu einer intensiven und dauernden Mitarbeit auf dem Betrieb genügt aber noch nicht. Sie muss durch die Grösse, die Struktur und die Organisation des Betriebs geboten sein. Diese Verhältnisse lassen sich durch Betriebsexperten zuverlässig abklären. Die Regelmässigkeit und Dauerhaftigkeit der Mitarbeit kann eine Standortgebundenheit des Wohnsitzes auf dem Hof begründen. Der Regierungsrat hatte sich in seinem Entscheid RRB 3442/1974 mit einem solchen Fall zu befassen. Der Sachverhalt: Als Bauherr für ein Einfamilienhaus traten die Tochter und der Schwiegersohn eines 64-jährigen Landwirts auf. Das Haus sollte auf dem Boden des Heimwesens errichtet werden. Dieses umfasste 14 Jucharten (ca. 5 ha) ebenes Land. Der Regierungsrat kam, gestützt auf die Untersuchung durch einen landwirtschaftlichen Experten, zum Schluss, dass ein Betrieb dieser Grösse bei ortsüblicher Bewirtschaftung allein geführt werden kann. Eine regelmässige und dauernde Mithilfe der Gesuchsteller ist nicht notwendig. Vorübergehende, grössere Arbeiten können durch temporäre Aushilfen bewältigt werden. Fraglich ist ferner, ob eine regelmässige Mithilfe überhaupt von Dauer wäre. Denn es ist offen, ob der Betrieb nach dem Tod des Inhabers an einen seiner Söhne gehen oder mit einem umliegenden Betrieb zusammengelegt werden wird. In beiden Fällen dürfte eine Mithilfe des Gesuchstellers dahinfallen. Die Errichtung eines zusätzlichen Wohnhauses ist daher nicht gerechtfertigt.
Soweit für Angehörige ein sachlich begründetes Bedürfnis angenommen werden kann, richtet sich die Bestimmung des Wohnbedarfs nach den Grundsätzen, die wir in Ziff. J.2.233 darlegten.

d) Die Aufgabe von Landwirtschaftsbetrieben, welche keine genügende Existenz bilden (Art. 24/2 lit. d): Auch diese Bestimmung widerspricht dem Art. 20 GSchG. Sie hat keine Bauten zum Gegenstand, die infolge ihrer Zweckbestimmung ausserhalb des Baugebiets errichtet werden müssen.
Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Bestimmungen des Abs. 2 von Art. 24 BauG durch das Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes grösstenteils bundesrechtswidrig und damit nichtig geworden sind. Kraft Bundesrecht sind noch zwei Gruppen von Bauvorhaben zulässig, welche gleichzeitig auch unter lit. a und c von Art. 24/2 BauG subsumiert werden können. Dieses Ergebnis zeigt, dass die in Abs. 2 umschriebenen Tatbestände weniger als Konkretisierungen der Generalklausel "wichtiger Grund" denn als ungerechtfertigte Privilegierungen einzelner Sachverhalte anzusehen sind. Aus dieser Sicht ist ihr Dahinfallen nicht zu bedauern.

3.33 WEITERE BAUVORHABEN

In Ziff. J.2.25 stellte ich die Gesichtspunkte dar, welche ebenfalls wichtige Gründe abgeben. Zu prüfen ist, ob sie auf die Konkretisierung des Art. 20 GSchG übertragen werden können.

a) Für die standortgebundenen nichtlandwirtschaftlichen Bauten,

wozu Erholungseinrichtungen, technische Anlagen und standortgebundene nichtlandwirtschaftliche Betriebe gehören, ist ein sachlich begründetes Bedürfnis anzuerkennen. Abs. 2 des Art. 27 AGSchV nennt eine Reihe von Beispielen, welche unter diese Kategorie von Bauten und Anlagen fallen. Die gesamte Aufzählung in dieser Bestimmung ab "Sanatorien ..." gehört hierher. Die Einschränkungen, welche die kantonale Verwaltungspraxis geschaffen hat, können übernommen werden. Sie liegen im Interesse einer möglichst genauen Verdeutlichung der Generalklausel. So soll eine Erholungseinrichtung nur zugelassen werden, wenn sie aus der Sicht der Erholungsplanung auf der Stufe Region oder Kanton einem Bedürfnis entspricht.

b) Für die Bauten zur Strukturverbesserung des ländlichen Raumes ist ebenfalls ein sachlich begründetes Bedürfnis anzuerkennen. Sie sind standortgebunden im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: Es ist vernünftig, dass solche Bauten ausserhalb der Bauzone erstellt werden können, aber selten absolut notwendig. Nichtlandwirtschaftliche Nebengewerbe zu Landwirtschaftsbetrieben sollen im Interesse einer rationellen Führung beider Betriebe beim oder in der Nähe des Landwirtschaftsbetriebes stehen (75), und es müssen ebenfalls betriebliche Gründe sein, welche den Inhaber eines bestehenden nichtlandwirtschaftlichen Gewerbes veranlassen, ein Wohnhaus bei seinem Betrieb zu bauen.

c) Differenziert zu beurteilen sind die Bauprojekte, welche Aenderungen an bestehenden Bauten vorsehen. In Ziff. J.2.253 gruppierte ich die einzelnen Arten.
Ein sachlich begründetes Bedürfnis kann bejaht werden für die mit einer Zweckentfremdung verbundenen Aus- oder Umbauten schutzwürdiger oder erhaltenswerter landwirtschaftlicher Bauten. Die Neufassung von Art. 27/1 AGSchV bezüglich Umbauten bringt im wesentlichen das, was im Kanton Bern bereits unter der Herrschaft des Art. 24 BauG begonnen und in die Auslegung von Art. 20 GSchG und der früheren Fassung von Art. 27/1 AGSchV übernommen worden ist. Unvereinbar mit den Voraussetzungen des sachlich begründeten Bedürfnisses sind dagegen die übrigen Bauvorhaben, welche nach der Verwaltungspraxis zu Art. 24 noch zugelassen werden. Der Ausbau oder die Erweiterung bestehender Wohnhäuser im Rahmen einer erschliessungsmässigen Sanierung und der bestehenden Gebäudedimensionen bzw. wegen der persönlichen Verhältnisse des Grundeigentümers sind ausgeschlossen. In solchen Fällen liegt keine Standortgebundenheit vor. Andererseits hat die Neufassung von Art. 25 AGSchV eine gewisse Lockerung gebracht, indem für solche Ausbauten und Erweiterungen *bis zu einem Viertel* der entsprechend genutzten Räumlichkeiten *kein* sachlich begründetes Bedürfnis nachgewiesen werden muss. Für solche Kleinprojekte besteht somit der groteske Rechtszustand, dass sie nach der - sonst strengeren - bundesrechtlichen Ordnung grundsätzlich zulässig, nach der - sonst grosszügigeren - kantonalen Ordnung nur im Ausnahmefall gestattet sind!

d) Eine bernische Spezialität sind die Notlösungen bis zum Inkrafttreten der Ortsplanung (vgl. Ziff. J.2.254). Sie sind schon im Licht von Art. 24 BauG fragwürdig. Mit den Anforderungen, welche Art. 27/1 AGSchV an das sachlich begründete Bedürfnis stellt, können sie nicht

75 Für diese Fälle anerkennt auch das Departement des Innern ein sachliches Bedürfnis (Quelle gemäss Anm. 70)

in Einklang gebracht werden. Allerdings ist nicht anzunehmen, dass die kantonalen Verwaltungsbehörden vollständig auf die Anwendung dieses wichtigen Grundes verzichten, wenn sie nicht durch die Verwaltungsgerichte oder durch die Aufsichtsbehörden des Bundes (76) daran gehindert werden. Ihre Verfügungen sind zwar anfechtbar. Geschieht das aber nicht, werden sie rechtskräftig (77). In Fällen, da Bewilligungen erteilt werden, tritt selten ein zum Weiterzug legitimierter Kläger auf.
Für einige Fälle ist allerdings ein sachlich begründetes Bedürfnis anzuerkennen, nämlich für die Erstellung von Bauten zu öffentlichen Zwecken. Schulhäuser, Anlagen der Feuerwehr, Postbüros usw.können standortgebunden sein, sofern die Ausstattung abgelegener Gebiete mit solchen Bauten notwendig ist.

e) Für Härtefälle im eigentlichen Sinn (vgl. Ziff. J.2.255) ist in der Generalklausel des sachlich begründeten Bedürfnisses kein Platz. Es geht ihnen regelmässig die objektive Voraussetzung der Standortgebundenheit des Bauvorhabens bzw. des öffentlichen Interesses daran ab. Aber auch am subjektiven Element des intensiven Bedürfnisses am Bauvorhaben mangelt es oft, wie die in Ziff. J.2.255 erläuterten Beispiele zeigen. Diese Feststellung erscheint hart, soll es doch Zweck der Generalklausel sein, Sonderfälle, Härten zu mildern. Infolge der Umschreibung der Klausel in Art. 27/1 AGSchV lässt sich jedoch keine andere Auslegung vertreten.
Ueberblicken wir die Gegenüberstellung der "anderen wichtigen Gründe" mit den Anforderungen, welche das sachlich begründete Bedürfnis stellt, so bestätigt sich die Feststellung, dass die Generalklausel des Baugesetzes weiter ausgelegt werden kann als diejenige des Gewässerschutzrechts. Die Praxis zu Art. 24 BauG lässt sich nur teilweise auf die Konkretisierung des Art. 20 GSchG übertragen. Alle wichtigen Gründe, die sich nicht mit der Standortgebundenheit erklären lassen, fallen weg.

3.34 ART. 82/2/1. HALBSATZ KGV IM BESONDEREN

Diese Bestimmung lautet:

> Die Errichtung von Wohnbauten, die nicht der bäuerlichen Bevölkerung und ihren Hilfskräften dienen (Art. 23 BauG), sowie die Errichtung von Ferienhäusern gilt in der Regel nicht als sachlich begründetes Bedürfnis im Sinne von Art. 27 der eidgenössischen Allgemeinen Gewässerschutzverordnung.

Die Vorschrift verfolgt den gleichen Zweck wie Art. 27 AGSchV. Sie umschreibt den Begriff des sachlich begründeten Bedürfnisses näher. Sie knüpft an die kantonale Regelung der Baumöglichkeiten im übrigen Gemeindegebiet an. Sie ist aus zwei Gründen ohne Bedeutung:

- Die Kantone sind nicht befugt, in ihrer Gesetzgebung bundesrechtliche Begriffe zu umschreiben. Die Vorschrift ist daher bundesrechtswidrig. Daran ändert nichts, dass sie vom Bundesrat genehmigt

76 gem. Art. 1ff. AGSchV
77 Imboden, Bundesrecht S. 111f., Gygi, Verwaltungsrechtspflege S. 116f.

wurde (78).

- Selbst wenn ihre Rechtsmässigkeit angenommen würde, wäre ihre praktische Bedeutung gering: weil sie das sachlich begründete Bedürfnis für Ferienhäuser sowie für Wohnhäuser - mit Ausnahme solcher nach Art. 23/2 BauG - nur "in der Regel" vernein, schiebt sie die Konkretisierung des Begriffs durch diese Türe wieder den rechtsanwendenden Behörden zu.

3.35 KEIN WICHTIGER GRUND = KEIN SACHLICH BEGRUENDETES BEDUERFNIS?

Ist die Gleichung richtig, dass Gesichtspunkte, welche keinen wichtigen Grund darstellen, auch die Anforderungen des sachlich begründeten Bedürfnisses nicht erfüllen? Erinnern wir uns, dass die Gesetzesbestimmungen, welche diese beiden Begriffe enthalten, den gleichen Zweck verfolgen. Der Begriff des sachlich begründeten Bedürfnisses ist aber enger. Deshalb ist die Frage zu bejahen. Ein Sachverhalt kann nicht einerseits keinen wichtigen Grund abgeben, andererseits ein sachlich begründetes Bedürfnis darstellen. Deshalb sind die in Ziff. J.2.3 behandelten Topoi, welche die Qualifikation als wichtige Gründe nicht erreichen, auch keine sachlich begründeten Bedürfnisse.
In der Rechtswirklichkeit wird sich die Gleichsetzung allerdings kaum in allen Teilen durchsetzen. Der Grund liegt in der Form der Rechtskontrolle. Sie kommt in letzter Instanz dem Bundesgericht zu. Es legt die Generalklausel des sachlich begründeten Bedürfnisses losgelöst von allfälligen kantonalen Vorschriften zum gleichen Gegenstand aus, handelt es sich doch um einen Begriff des Bundesrechts. Er soll im Interesse der Rechtseinheit in allen Kantonen gleich ausgelegt werden. Deshalb kommt es vor, dass das Bundesgericht in Einzelfällen den Begriff so auslegt, dass er weniger restriktiv erscheint als die Auslegung des wichtigen Grundes als Begriff und Bestandteil des kantonalen Rechts. Einem solchen Fall sind wir in Ziff. 3.21 begegnet (Wohnhäuser für Inhaber landwirtschaftlicher Nebenerwerbsbetriebe), einen weiteren werden wir in Ziff. 3.36 behandeln. Von der Möglichkeit, in solchen Fällen Baubewilligungen gestützt auf kantonales Recht dennoch zu verweigern, dürfte in der Verwaltungspraxis selten Gebrauch gemacht werden.

3.36 DAS SACHLICH BEGRUENDETE BEDUERFNIS UND DIE ENTGEGENSTEHENDEN OEFFENTLICHEN INTERESSEN

Damit eine Ausnahmbewilligung gemäss Art. 24 BauG erteilt werden kann, muss eine zweite Voraussetzung erfüllt sein: Dem Bauvorhaben dürfen keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegenstehen. Das ist nach bernischem Recht eine selbständige Voraussetzung, nicht etwa ein Begriffselement des wichtigen Grundes. In diesem Punkt unterschied sich das bernische Planungsrecht vom Gewässerschutzrecht, solange die alte Fassung des Art. 27/1 AGSchV galt. War ein sachlich begründetes Bedürfnis gemäss Art. 20 GSchG gegeben, musste eine Baubewilligung erteilt werden.

---

78 Beschluss des Bundesrates vom 14.5.1973. Zur Wirkung der Genehmigung vorn Ziff. E.4.8

Wir können dieses Zusammenwirken eidgenössischer und kantonaler Normen zum selben Gegenstand an dem Fall zeigen, den das Bundesgericht in BGE 99 Ib 150 zu beurteilen hatte. Der Sachverhalt: Ein Garagist aus Zürich will seine Werktstatt für die Reparatur von Grossfahrzeugen aus Raumknappheit und aus Gründen der Verkehrspolizei verlegen. Es soll sich um die einzige Reparaturwerkstatt ihrer Art im engeren Raum von Zürich handeln. Der Garagist wählt ein Grundstück im übrigen Gemeindegebiet der Gemeinde Horgen. Das Bundesgericht anerkennt ein sachlich begründetes Bedürfnis:

- Ein dringendes Bedürfnis des Gesuchstellers am Bauprojekt liegt vor.
- Es besteht ein öffentliches Interesse am Standort. Er ist für Grossfahrzeuge leicht zu erreichen, nämlich direkt über die Autobahn. Das entlastet das übrige Strassennetz. Ein grosser Personenkreis ist an der Werkstatt interessiert. Da keine Wohnquartiere in der Nähe sind, werden keine Anwohner durch Immissionen belästigt. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Gesuchsteller in absehbarer Zeit zu annehmbaren Bedingungen einen gleichermassen geeigneten Platz in einer Industriezone finden könnte. Das Urteilsdispositiv weist die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägung zurück.
  Wäre der Fall an eine bernische Instanz zurückgegangen, so hätte sie ihn noch unter den Gesichtspunkten von Art. 24 BauG prüfen müssen:

- Gibt der Sachverhalt einen wichtigen Grund ab?

- Stehen dem Bauvorhaben wesentliche öffentliche Interessen entgegen? Hier wären vor allem die in Abs. 3 des Art. 24 umschriebenen öffentlichen Interessen von Bedeutung gewesen, so die Einordnung des Bauvorhabens in die plangemässe bauliche Entwicklung der Gemeinde.

Eine Bemerkung ist zur Auslegung des sachlich begründeten Bedürfnisses anzubringen. Sie ist kaum haltbar. Welchen Zweck hat es, dass die Gemeinden Industrie- und Gewerbezonen bezeichnen und erschliessen, wenn derart leicht Ausnahmebewilligungen zum Bauen im übrigen Gemeindegebiet erhältlich sind? Jeder grössere Industrie- oder Handelsbetrieb ist auf gute Verkehrsanschlüsse angewiesen und könnte daher beanspruchen, sich dort niederzulassen, wo ihm diese Verhältnisse günstig scheinen. Gleich verhält es sich mit dem Argument der Immissionen auf Wohngebiete. Verfehlt ist auch die Annahme, es sei unzumutbar, dass der Gesuchsteller einen entsprechenden Platz in einer Industriezone suchen müsse - in einer der am stärksten industriealisierten Regionen der Schweiz!
Seit der Revision des Art. 27/1 AGSchV ist nun diese Differenz zwischen dem eidgenössischen und kantonalen Recht dahingefallen. Nach dem Willen des Bundesrates ist die Prüfung der entgegenstehenden öffentlichen Interessen in diejenige des sachlichen Bedürfnisses einzubeziehen.

3.37 DIE MASSNAHMEN ZUR ABWASSERBESEITIGUNG UND DIE ERSCHLIESSUNGSVORSCHRIFTEN DES ART. 24/4 BauG

In Ziff. M.2.5 stellte ich die technischen Massnahmen der Abwasserbeseitigung dar, welche vom Bundesrecht für Bauten ausserhalb des GKP vorgesehen sind. Art. 24/4 BauG regelt die Frage, wer diese Massnahmen auszuführen hat, wer die Kosten trägt und sieht vor, dass nötigenfalls ein Erschliessungsplan verlangt werden kann. Die Gegenstände der Art. 20/2. Satz GSchG und Art. 27/3, 4 AGSchV einerseits und Art. 24/4 BauG andererseits sind somit verschieden. Die Frage der Bundesrechtsmässigkeit der kantonalen Vorschrift stellt sich nicht.
Der Art. 24/4 BauG gilt für die Erschliessungen neuer Bauvorhaben. Davon zu unterscheiden ist das Problem der Abwassersanierung. Es befasst sich mit den Massnahmen zur Aufhebung von Gewässerverunreinigungen, welche die Abwässer aus *bestehenden* Bauten und Anlagen bewirken. Die einschlägigen Vorschriften finden sich in Art. 16 GSchG, Art. 11 - 14 AGSchV und Art. 20, 23, 24 KGV. Es wird zwischen öffentlichem und privatem Sanierungsgebiet unterschieden. Oeffentliche Sanierungsgebiete sind auch dann durch die *Gemeinde* zu kanalisieren, wenn sie ausserhalb der Bauzonen liegen.

3.4 Art. 19 und 20 GSchG und Art. 25 BauG

Das Gewässerschutzgesetz unterscheidet bloss zwischen Baugebiet und übrigem Gebiet. Welchem der beiden ist die bernische Ferienhauszone zuzurechnen? Das bernische Planungsrecht betrachtet sie als Teile des übrigen Gemeindegebiets. Sie dürfen nur ausgeschieden werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 24 erfüllt sind. Ihr Zweck ist die Konzentration von Ferienhausüberbauungen in geeigneten Gebieten. In ihren Wirkungen kommt die Ferienhauszone aber einer Bauzone gleich, mit dem Unterschied, dass die gesamte Erschliessung von den Grundeigentümern zu erstellen, zu unterhalten und zu bezahlen ist.
Aus der Sicht des Gewässerschutzes kann die Ferienhauszone nur als Bauzone gewertet werden. Denn für ihn ist der tatsächliche Charakter einer Zone massgebend. Dieser wird geprägt durch die Baumöglichkeiten, welche die Nutzungsvorschriften einer Zone bieten. Sie diktieren weitgehend die erforderlichen Massnahmen der Abwasserbeseitigung. So ist in Art. 21/1/a KGV die Ferienhauszone zu Recht als Bestandteil des GKP und damit des Baugebiets definiert worden. Dass dies der planungsrechtlichen Ordnung im Kanton nicht in allen Teilen entspricht, ist unerheblich. Andererseits ändert die gewässerschutzrechtliche Qualifikation der Ferienhauszone nichts an der planungsrechtlichen Ordnung. Die Verknüpfung des Art. 25 mit dem Art. 24 BauG gilt nach wie vor.
Oft werden Gebiete als Ferienhauszonen bezeichnet, in denen sich bereits Ferien- und Wohnhäuser befinden. Sofern diese Altbauten noch nicht an die Gemeindekanalisation angeschlossen sind oder über keine eigene, genügende Kläranlage verfügen, sind sie nach den Vorschriften über die Abwassersanierung zu behandeln. Gemäss Art. 23/2 KGV fällt diese Aufgabe in der Regel den Privaten zu. Da deren Bereitschaft nicht immer vorhanden ist, bestimmt Art. 79 KGV:

1. Bei grösseren privaten Sanierungsgebieten sowie bei Ferienhauszonen mit sanierungsbedürftigen Gebäuden hat die Gemeinde im Einvernehmen mit dem Wasser- und Energiewirtschaftsamt von sich aus auf Kosten der Grundeigentümer die Sanierung (Basiserschliessung und Kläranlagen) durchzuführen, wenn die ordnungsgemässe Durchführung seitens der Grundeigentümer nicht gewährleistet ist.

2. Desgleichen hat sie unter den genannten Voraussetzungen den Betrieb und Unterhalt der Anlagen zu übernehmen.

4. DIE GEWAESSERSCHUTZBEWILLIGUNG UND DIE BAUBEWILLIGUNG

4.1 Das Verhältnis im allgemeinen

Nach dem Text von Art. 20 GSchG ist die Frage des sachlich begründeten Bedürfnisses im Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Die Zuständigkeitsordnung innerhalb des Kantons regelt das Gewässerschutzgesetz nicht. Sofern der Kanton keine besondere Behörde zur Abklärung des sachlich begründeten Bedürfnisses bezeichnet - beispielsweise die kantonale Baudirektion - besorgen dies die ordentlichen Baubewilligungsbehörden.
In einer besonderen Bewilligung, der Gewässerschutz- oder der Abwasserbewilligung, sind die Massnahmen der Abwasserbeseitigung festzulegen. Aus Art. 20/2. Satz GSchG ergeben sich zwei Möglichkeiten zur Regelung der Kompetenz:

- Die Gewässerschutzbewilligung wird von dezentralisierten kantonalen Behörden wie den Amtsstatthaltern oder von Gemeindebehörden ausgestellt. In diesem Fall ist die Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz notwendig.
- Die kantonale Fachstelle kann für die Erteilung der Gewässerschutzbewilligung ausschliesslich zuständig erklärt werden.

Die beiden Bewilligungen sind unmittelbar voneinander abhängig. Die Gewässerschutzbewilligung geht vor. Erst wenn sie vorliegt, darf die Baubewilligung erteilt werden.
Da die Bau- und die Gewässerschutzbehörden in der Regel nicht zusammenfallen, ergeben sich Koordinationsprobleme. Der Verwaltungsaufwand vermehrt sich erheblich und die Behandlungsdauer für die Gesuche verlängert sich. Zuerst ist die Frage des sachlich begründeten Bedürfnisses zu prüfen. Wird es bejaht, sind die Akten den Gewässerschutzbehörden zur Erteilung der Gewässerschutzbewilligung zuzustellen. Erst dann darf die Baubewilligungsbehörde endgültig über das Baugesuch entscheiden. Das Verfahren wird v.a. dann kompliziert und für den Bürger schwer durchsichtig, wenn sich mehr als zwei Behörden mit einem Fall zu befassen haben. Im Kanton Bern können es bis zu fünf Amtsstellen sein, ihre Unterabteilungen nicht mitgezählt!

4.2 Hinweise zu den Rechtsmitteln

4.21 DER KANTONALE INSTANZENZUG

Das Gewässerschutzrecht schreibt den Kantonen bezüglich der Rechtsmittel gegen Entscheide der Bewilligungsbehörden nichts vor. Es dürfte allerdings keinen Kanton geben, der nicht mindestens eine Rechtsmittelinstanz kennt, sei es der Regierungsrat oder das Verwaltungsgericht.

4.22 RECHTSMITTEL DES BUNDESRECHTS

Art. 10 GSchG lautet:

> Verfügungen, die in Anwendung dieses Gesetzes und seiner Ausführungsvorschriften ergehen, können nach Massgabe der allgemeinen Bestimmungen über die Organisation der Bundesrechtspflege angefochten werden. Die zuständige Beschwerdeinstanz des Bundes kann in jedem Falle auch die Angemessenheit der angefochtenen Verfügungen überprüfen.

Gemäss Art. 97 und 98/g des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) (79) ist für Beschwerden gegen Verfügungen letzter kantonaler Instanzen grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen. Das gilt in unserem Zusammenhang für Verfügungen über die Erteilung bzw. Verweigerung von Baubewilligungen, die in Anwendung von Art. 20 GSchG ergeben.
Die Beschwerdelegitimation richtet sich ebenfalls nach den Vorschriften des OG. Festzuhalten ist, dass auch das eidg. Departement des Innern gemäss Art. 103/b OG gegen letztinstanzliche kantonale Verfügungen Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben kann. Im weiteren ist diese Amtsstelle gemäss Art. 53 AGSchV in sämtlichen Verwaltungsgerichtsbeschwerden zum Gewässerschutz vom Bundesgericht zur Vernehmlassung einzuladen.
Die Kognition des Bundesgerichts ist weit gesteckt. Nach Art. 104 OG sind folgende Rügen möglich:

- Verletzung des Bundesrechts einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens,
- Unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, wobei eine Einschränkung gemäss Art. 105/2 OG zu beachten ist,
- Unangemessenheit. Diese Rüge ist nur zulässig, wenn sie das Bundesrecht vorsieht. Das ist in Art. 10 GSchG angeordnet worden.

Die Kognition ist somit viel umfassender als bei der staatsrechtlichen Beschwerde, dem einzigen Rechtsmittel, mit dem letztinstanzliche kantonale Entscheide zum kantonalen Bau- und Planungsrecht vor das Bundesgericht gezogen werden können (Ziff. J.8.41).

---

79 vom 16.12.1943/20.12.1968, SR 173.110

4.3 Die Ordnung im Kanton Bern

4.31 DAS VERHAELTNIS VON GEWAESSERSCHUTZBEWILLIGUNG UND BAUBEWILLIGUNG

Die Kompetenzordnung des Baubewilligungsverfahrens stellten wir in Ziff. J.8 dar. Die Kompetenzordnung und das Verfahren für Gewässerschutzbewilligungen ist in der kantonalen Gewässerschutzverordnung geregelt. Art. 65 ordnet die Kompetenzen. In unserem Zusammenhang sind folgende Bestimmungen von Bedeutung:

1. Ordentliche Bewilligungsbehörde für Gewässerschutzgesuche ist, unter Vorbehalt der nachstehenden Bestimmungen, das Wasser- und Energiewirtschaftsamt (WEA).

2. Die Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft (VEWD) entscheidet jedoch

   a) über die Verweigerung von Bewilligungen, für deren Erteilung das WEA oder eine andere Instanz zuständig ist,

   b) über Gesuche für Neu- und Umbauten ausserhalb des rechtsgültig ausgeschiedenen Baugebietes oder des nach neuem Recht massgeblichen GKP-Perimeters.

3. Die VEWD kann die Zuständigkeit zur Erteilung bestimmter Bewilligungsarten unter Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs delegieren

   a) An Unterabteilungen des WEA ...

   b) an Gemeinden und Gemeindeverbindungen, nach Anhörung des zuständigen Regierungsstatthalters.

4. Die Zuständigkeit der Gemeinden ist jedoch ausgeschlossen bei Gesuchen um Gewässerschutzbewilligungen für Neu- und Umbauten ausserhalb der Bauzonen oder des im GKP abgegrenzten Gebietes ...

5. Die gemäss Abs. 3 für zuständig erklärte Instanz stellt die Akten in allen Fällen, in denen eine Verweigerung der Gewässerschutzbewilligung in Frage kommen könnte, der VEWD zu.

Die VEWD ist also für Bewilligungen und Verweigerungen sämtlicher Gewässerschutzgesuche aus dem übrigen Gemeindegebiet grundsätzlich zuständig. Von der Delegationskompetenz gemäss Abs. 3 hat sie in zwei Fällen Gebrauch gemacht:

- Sie entscheidet nur darüber, ob ein sachlich begründetes Bedürfnis gemäss Art. 20 GSchG vorliegt. Sie erlässt also blosse Feststellungsverfügungen. Das WEA entscheidet anschliessend über die Massnahmen der Abwasserbeseitigung, sofern festgestellt ist, dass ein sachliches Bedürfnis vorliegt. Der Gewässerschutzentscheid besteht in diesen Fällen aus zwei Teilen, der Feststellung über das sachliche Bedürfnis und der eigentlichen Gewässerschutzbewilligung.

- Die Erteilung von Gewässerschutzbewilligungen für Bauvorhaben, welche gemäss Art. 23 BauG ohne Ausnahmebewilligung zulässig sind, ist vollständig dem WEA delegiert. Verweigerungen werden dagegen immer durch die VEWD ausgesprochen.

Der Gewässerschutzentscheid ist eine *selbständige Verwaltungsverfügung*, also kein unselbständiger Zwischenentscheid wie die Entscheide nach Art. 24 BauG, und eine *besondere Bewilligung* im Sinn von Art. 42 Baubewilligungsdekret, also kein Bestandteil des Bauentscheids (80).

Nach dieser Ordnung entscheiden die Gewässerschutzbehörden über das sachlich begründete Bedürfnis, nicht die Baubewilligungsbehörden. Das Gewässerschutzbewilligungs- und das Baubewilligungsverfahren laufen grundsätzlich getrennt ab. Für das Verfahren in Gewässerschutzsachen gelten dabei sinngemäss die Bestimmungen über das Baubewilligungsverfahren, mit den in der KGV enthaltenen Abweichungen (Art. 58/1 KGV). Um die in Art. 20 GSchG geforderte Koordination des Gewässerschutz- und des Bauentscheides zu sichern, mussten verschiedene Brücken zwischen den Verfahren geschlagen werden. Die wichtigste ist Art. 82/2/2. Halbsatz KGV:

> ... die Frage, ob ein sachlich begründetes Bedürfnis vorliegt, ist im Einvernehmen mit der Baudirektion zu beurteilen.

Das bedeutet: Gewässerschutzbewilligungen für Bauten im übrigen Gemeindegebiet dürfen nur mit dem Einverständnis der Baudirektion erteilt werden. Diese Direktion ist zugleich Entscheidsinstanz für Ausnahmen nach Art. 24 BauG. Damit ist der Vorschrift in Art. 20 GSchG genüge getan, welche die Beurteilung des sachlich begründeten Bedürfnisses durch eine Baupolizeibehörde verlangt. Nach Wortlaut und Sinn des Art. 82/2 KGV hat die Baudirektion auch für Bauvorhaben, welche nach Art. 23 BauG zulässig sind, ihre Stellungnahme zum sachlichen Bedürfnis abzugeben.
Weitere Koordinationsvorschriften in der KGV sind:

- Art. 58/2 bestimmt, dass die Baubewilligung erst erteilt werden darf, wenn die Gewässerschutzbewilligung vorliegt.
- Art. 64/4 regelt die gemeinsame Aktenüberweisung von Bau- und Gewässerschutzgesuchen von der Gemeinde über den Regierungsstatthalter an die Zentralverwaltung.
- Art. 60/2 bestimmt, dass Gewässerschutzentscheide, die in Zusammenhang mit einem Baugesuch stehen, mit dem Bauentscheid zusammen zu eröffnen sind.

Das Gesuch für ein Bauvorhaben ausserhalb des Baugebietes hat somit in der Regel folgende Behörden zu passieren:

- Die Gemeindebehörden treffen gewisse Vorbereitungshandlungen (Prüfung der Gesuche in formeller Hinsicht, Publikation, Einspracheverhandlung) und stellen ihre Anträge.
- Die VEWD fällt den Entscheid zum sachlich begründeten Bedürfnis gemäss Art. 20 GSchG, nachdem sie den Antrag der Baudirektion eingeholt hat.
- Das WEA verfügt die Massnahmen der Abwasserbeseitigung.
- Die Landwirtschaftsdirektion stellt Antrag zum Ausnahmegesuch nach Art. 24 BauG.
- Die Baudirektion entscheidet über die Ausnahmegesuche nach Art. 24 BauG.

80 vorn Ziff. J.8.3

- Der Regierungsstatthalter fällt den Bauentscheid.

Es liesse sich ein einfacheres Verfahren einrichten. Die Baudirektion könnte - unter Einbezug der Landwirtschaftsdirektion - als Instanz bezeichnet werden, die sowohl über das sachlich begründete Bedürfnis nach Gewässerschutzrecht wie über die Voraussetzungen gemäss Baurecht entscheidet. Das WEA wäre als Fachinstanz für Gewässerschutz nur für die Festlegung der Abwasserbeseitigungsmassnahmen zuständig. Das entspräche dem Modell, welches in Art. 20 GSchG verankert ist. Die Gewässerschutzbehörden würden von Entscheiden entlastet, die eigentlich zum Bau- und Planungswesen gehören.

4.32 HINWEISE ZU DEN RECHTSMITTELN

Gegen Verfügungen der VEWD und des WEA ist gemäss Art. 109/1 KGV die Beschwerde an den Regierungsrat offen. Bei Bewilligungsentscheiden entfällt das Einspracheverfahren gemäss Art. 10ff. DelG (Art. 109/4 KGV). Einsprachemöglichkeiten bestehen im Publikationsverfahren bei der Gemeinde. Für die Einsprache- und Beschwerdelegitimation gelten die gleichen Grundsätze, die wir für das Baubewilligungs- und für das Baubeschwerdeverfahren darlegten (Ziff. J.8.5). Gegen Entscheide des Regierungsrats ist die Beschwerde an das bernische Verwaltungsgericht grundsätzlich ausgeschlossen. Das folgt aus Art. 21 VRPG. Danach kann das Verwaltungsgericht u.a. dann nicht angerufen werden, wenn die verwaltungsgerichtliche Beschwerde an das Bundesgericht gegeben ist. Diese Möglichkeit besteht für Gewässerschutzentscheide zu Art. 20 GSchG. Die Entscheide des Regierungsrats sind letztinstanzliche Verfügungen in Anwendung von Bundesrecht gemäss Art. 97 und 98/g OG (81).

Die Gerichtspraxis hat jedoch einen wichtigen Vorbehalt zu dieser Ordnung geschaffen. Verfügungen der VEWD zu Art. 20 GSchG und Verfügungen der Baudirektion zu Art. 24 BauG über die gleiche Bausache werden meist gleichzeitig, oft in derselben Beschwerdeschrift, an den Regierungsrat weitergezogen. Dieser fällt einen einzigen Entscheid, in dem er alle gewässerschutz-, bau- und planungsrechtlichen Fragen prüft. Dieser Entscheid kann gemäss Art. 15/2/b VRPG (Erteilung oder Verweigerung einer Baubewilligung) an das Verwaltungsgericht gezogen werden. Dieses zog in seinem Urteil vom 15.8.1973 i.S. Dost die Kompetenz an sich, die Bausache ebenfalls unter dem Gesichtspunkt von Art. 20 GSchG zu prüfen. Es begründet diese Kompetenzattraktion mit dem Gerichtsstand des Sachzusammenhangs: Die Hauptfrage, ob das Bauprojekt im übrigen Gemeindegebiet erstellt werden kann, wird sowohl vom kantonalen wie vom eidgenössischen Recht geregelt. Die Rechtswege sind grundsätzlich verschieden. Der Zusammenhang der Materien und der Rechtsgebiete ist jedoch so eng, dass sich eine vollumfängliche Prüfung durch das Verwaltungsgericht aufdrängt (82).

81 RRB Nr. 3442/1974

82 s. auch Gygi/Stucki N I.7 zu Art. 21 VRPG mit weiteren Hinweisen, MbVR 71 (1973) S. 243 betr. das Verhältnis der kommunalen Kanalisations-Anschlussbewilligung und der Baubewilligung

Somit gilt:

- Der Regierungsrat ist nur dann letzte kantonale Instanz, wenn er die Beschwerde gegen eine Gewässerschutzverfügung allein, oder wenn er eine kombinierte Bau- und Gewässerschutzbeschwerde nur im Hinblick auf Bundesrecht entscheidet (83).
- Beurteilt er eine kombinierte Beschwerde sowohl nach kantonalem Recht wie nach Bundesrecht, so ist zuerst Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das bernische Verwaltungsgericht zu erheben. Das eidgenössische Rechtsmittel schliesst sich an dessen Urteil an (84).
- Entscheide, die einzig in Anwendung von Art. 23 - 25 BauG ergehen, sind immer vor das bernische Verwaltungsgericht zu ziehen.

Diese Gerichtspraxis führt im Ergebnis dazu, dass die in erster Instanz getrennt ablaufenden Verfahren vor den oberen Instanzen (Regierungsrat, ev. Verwaltungsgericht) zusammengelegt werden. Sie weist den Weg, bereits im Verwaltungsverfahren die Vereinfachung einzuführen, welche ich in Ziff. 4.31 a.E. skizzierte.

5. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

5.1 Im allgemeinen

Gemäss Art. 20 GSchG muss für *sämtliche* Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen bzw. ausserhalb des GKP ein sachlich begründetes Bedürfnis nachgewiesen werden, und zwar *unabhängig* von den Möglichkeiten, welche für die Beseitigung der Abwässer zur Verfügung stehen.

Darin liegt ein *planerisches Element*, das vom Gesetzgeber klar gewollt ist. Ausserhalb des Baugebietes besteht seit dem Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes ein grundsätzliches Bauverbot mit Ausnahmevorbehalt. Die verfassungsrechtliche Grundlage hierfür ist nicht in erster Linie im Gewässerschutzartikel, sondern im Raumplanungsartikel zu suchen. Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Kompetenz im Bereich der Raumplanung im Gewässerschutzgesetz in diesem Punkt bereits Gebrauch gemacht.
Der Begriff des sachlichen Bedürfnisses ist eine *Generalklausel*, für deren Konkretisierung sich die Methode der Topik anbietet. Darüberhinaus hat der Bundesrat in Art. 27/1 und 2 AGSchV verbindliche Richtlinien über die Auslegung erlassen. Sie erklären das *Merkmal der Standortgebundenheit* des Bauvorhabens als *massgebendes Kriterium*. Sie erweisen sich als gesetzmässig, mit Ausnahme der Vorschrift, wonach den Bauvorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen dürfen. Diese kumulative Voraussetzung müsste im Gesetz selber genannt werden.
In der Anordnung der Gewässerschutzmassnahmen besteht eine *Stufenfolge* von der Ableitung der Abwässer in eine zentrale Abwasserreinigungsanlage bis zur Stapelung in dichten Gruben mit anschliessender landwirtschaftlicher Verwertung.

---

83 so RRB Nr. 3442/1974. In den neusten Urteilen wies das Verwaltungsgericht den Regierungsrat jedoch an, solche Beschwerden nur im Hinblick auf das Bundesrecht zu prüfen (VGE vom 21.4.1975 i.S. Dubois und i.S. Cattin).

84 Gygi/Stucki a.a.O.

5.2 In bezug auf das bernische Recht

Da das Bundesrecht dem kantonalen Recht *vorgeht*, ist zu prüfen, ob die Bestimmungen des Baugesetzes über das übrige Gemeindegebiet mit dem Art. 20 GSchG vereinbar sind. Entgegenstehende Bestimmungen des kantonalen Rechts sind *nichtig* und dürfen nicht mehr angewendet werden. Andererseits dürfen kantonale und kommunale Bau- und Planungsvorschriften für das Gebiet ausserhalb der Bauzonen strenger sein als Art. 20 GSchG, der eine *Minimalschranke* darstellt.

Im Gegensatz zum Baugesetz kennt die Systematik des Art. 20 GSchG *keinen Unterschied zwischen zonenkonformen und zonenwidrigen* Bauvorhaben. Bauten, die nach der bernischen Ordnung gemäss Art. 23 gestattet sind, erfüllen aber immer die Anforderungen des sachlich begründeten Bedürfnisses. Umbauten und Erneuerungen gemäss Abs. 3 sind von der Bedürfnisklausel des Art. 20 GSchG ausgenommen, da sie nicht unter den Umbaubegriff des Art. 25 AGSchV fallen. Ein sachliches Bedürfnis muss dagegen nachgewiesen werden bei Erweiterungen bestehender nichtlandwirtschaftlicher Betriebe, wenn die Erweiterung einen Viertel der bisherigen Räumlichkeiten überschreitet.

Der Begriff des wichtigen Grundes ist *weiter gefasst* als derjenige des sachlich begründeten Bedürfnisses. Deshalb halten nicht alle der in Art. 24/2 BauG umschriebenen oder von der Verwaltungspraxis geschaffenen wichtigen Gründe vor dem Bundesrecht stand. Insbesondere sind die wichtigen Gründe der Buchstaben b, c und d des Art. 24/2 BauG bundesrechtswidrig geworden. Angehörige von Landwirten können nur noch dann beim Hof bauen, wenn ihr Wohnsitz dort aus besonderen Gründen als standortgebunden zu werten ist.

Grundsätzlich gilt, dass ein Sachverhalt, der *keinen* wichtigen Grund abgibt, auch die Anforderungen des sachlichen Bedürfnisses *nicht* erreicht.

Der Begriff der entgegenstehenden, wesentlichen öffentlichen Interessen (Art. 24 BauG) und der Begriff der entgegenstehenden, überwiegenden öffentlichen Interessen (Art. 27/1 AGSchV) haben *dieselbe Funktion und denselben Gehalt*, weshalb die Konkretisierung zu Art. 24 BauG in diesem Punkt vollumfänglich auf Art. 27/1 AGSchV übertragen werden kann.

Die geltende Regelung, wonach erstinstanzlich die Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft über das sachlich begründete Bedürfnis, die Baudirektion sowie die Landwirtschaftsdirektion über den wichtigen Grund entscheiden, ist zu schwerfällig. Die Beurteilung sollte *einheitlich* bei der Baudirektion liegen, wobei der Landwirtschaftsdirektion wie bisher ein Antragsrecht zustehen würde.

Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zu Art. 20 GSchG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht offen. Letzte Instanz ist der *Regierungsrat*, wenn er eine Gewässerschutzbeschwerde allein beurteilt, oder wenn er - was die Regel ist - eine kombinierte Bau- und Gewässerschutzbeschwerde nur unter dem Gesichtspunkt des Gewässerschutzrechts prüft. Beurteilt er eine kombinierte Beschwerde sowohl nach Art. 20 GSchG wie nach Art. 24 BauG, ist sein Entscheid vorerst an das *kantonale Verwaltungsgericht* weiterzuziehen, das die Beschwerde infolge Kompetenzattraktion auch unter dem Gesichtspunkt des Gewässerschutzrechtes prüft.

N Das künftige Raumplanungsrecht

1. DIE NUTZUNGSORDNUNG FUER DEN KOMPLEMENTAERRAUM

1.1 Nach dem Bundesgesetz über die Raumplanung

Das Raumplanungsgesetz sieht für den Komplementärraum eine differenzierte Raumnutzung vor. Art. 10/2 bestimmt, dass in den *Richtplänen der Besiedelung und der Landschaft* folgende Nutzungsgebiete zu bezeichnen sind:

- Siedlungsgebiete,
- Landwirtschaftsgebiete,
- Forstgebiete,
- Erholungsgebiete,
- Schutzgebiete,
- übriges Gebiet.

Abs. 3 erklärt, dass sich Erholungs- und Schutzgebiete unter sich und mit anderen Nutzungsgebieten überlagern können. Nach Abs. 4 kann die kantonale Gesetzgebung weitere Arten von Nutzungsgebieten vorsehen. Als Beispiel seien Abbaugebiete genannt, in denen Rohstoffe gewonnen werden.
Die Richtpläne müssen sich auf den Kanton oder auf einzelne Regionen beziehen (Art. 5/2 in Verbindung mit Art. 7/1). Gestützt auf die Richtpläne sind die Nutzungspläne zu erlassen (Art. 25). Sie enthalten die für jedermann verbindlichen Anordnungen über die zulässige Nutzung des Bodens (Art. 29/1). Entsprechend den im Besiedelungs- und Landschaftsrichtplan vorgenommenen Gebietsausscheidungen haben die *Nutzungspläne* zu enthalten:

- Bauzonen für den Bedarf der nächsten 15 Jahre,
- Landwirtschaftszonen,
- Forstzonen,
- Erholungszonen,
- Schutzzonen,
- übriges Gebiet,
- allfällige weitere Zonen, z.B. Abbauzonen.

Wir haben die Zweckbestimmungen und Unterschiede dieser Zonen in den Ziff. D.5 und F.3 und 4 untersucht.

1.2 Auswirkungen auf das bernische Recht

Das bernische Planungsrecht wird revidiert und den Anforderungen des Bundesgesetzes angepasst werden müssen. Ich greife im folgenden einige Punkte heraus, welche für den Gegenstand der Arbeit von Bedeutung sind.

Eine Anpassung des kantonalen Rechts wird bezüglich des *Inhalts der Richtpläne* notwendig. Das geltende Recht schreibt zwar den Erlass von Nutzungsrichtplänen vor (Art. 70, 88, 92 BauG). Diese entsprechen begrifflich dem Teilrichtplan Besiedelung und Landschaft gemäss RPG. Das kantonale Recht enthält jedoch keine Anweisung darüber, welche Nutzungsgebiete auszuscheiden sind. Ein kommunaler, regionaler oder kantonaler Nutzungsrichtplan kann bloss die Siedlungsgebiete bezeichnen. Alle anderen Bodenflächen gehören dann zum übrigen Gemeindegebiet.

Das gleiche Revisionsproblem stellt sich für den *Inhalt der Nutzungspläne*. Nach Art. 14/1 BauG genügt es, wenn die Gemeinden das Baugebiet vom übrigen Gemeindegebiet abgrenzen. Landwirtschafts- und Forstzonen kennt das Gesetz nicht. Die Ausscheidung von Erholungs- und Schutzzonen (Art. 29 BauG) ist den Gemeinden freigestellt. Der Ermächtigungscharakter dieser Vorschriften wird mit dem Inkrafttreten des RPG dahinfallen. Die Gemeinden werden verpflichtet, in ihrem Gemeindegebiet die verschiedenen Zonenarten einzuführen. Das bedeutet, dass nicht nur das kantonale Recht, sondern auch das Gemeinderecht anzupassen ist. Das betrifft vor allem die bau- und planungsrechtliche Grundordnung, das Baureglement und den Zonenplan. Fraglich ist, ob es weiterhin möglich sein wird, auf die Zonenplanung zu verzichten und das Baugebiet einzig durch die Erschliessungsplanung zu bezeichnen (Art. 14/1/b BauG). Solche reduzierten Ortsplanungen werden sich jedenfalls auf kleinste ländliche Gemeinden beschränken müssen. Sie könnten in ihrem Baureglement etwa bestimmen: "Das ganze Gemeindegebiet gehört zur Landwirtschafts- und zur Forstzone, mit Ausnahme der Gebiete, welche durch Ueberbauungspläne als Baugebiete bezeichnet werden." Sobald jedoch gewisse Teile des Gemeindegebiets mit Erholungs- oder Schutzzonen überlagert werden, ist der Erlass eines Zonenplans unumgänglich. Die Pflicht, "echte" Landwirtschaftszonen zu bezeichnen, wird im Kanton Bern keine so grosse Umwälzung bringen, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Seinem materiellen Gehalt nach kommt das übrige Gemeindegebiet gemäss Art. 23 BauG dieser Landwirtschaftszone schon sehr nahe. Die zur land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung geeigneten Teile des übrigen Gemeindegebiets werden in die Landwirtschafts- bzw. Forstzone umgeteilt, wobei allenfalls eine Abstufung nach dem Grad der Eignung denkbar ist, wie dies Art. 30/1 RPG Graubünden vorsieht (Ziff. F.3.41). Als übriges Gebiet können bezeichnet werden:

- Die unproduktiven Bodenflächen. Sie liegen vorwiegend im Berggebiet. Im Mittelland wird fast jeder unüberbaute Flecken landwirtschaftlich genutzt. Ausnahmen bilden Sümpfe, Moore, alte Kiesgruben etc. (85). Unproduktive Flächen bilden jedoch meist Landschaftselemente, die schutzwürdig oder zu Erholungszwecken geeignet sind. Sie werden deshalb oft als Schutz- oder als Erholungszonen zu bezeichnen sein.

- Puffergebiete zwischen den Bauzonen und den Landwirtschaftszonen. Sofern sie in den Richtplänen als künftige Siedlungsgebiete vorgesehen sind, erhalten sie den Charakter von Bauentwicklungsgebieten (86). Der Entwurf II für ein BG über die Raumplanung hatte in Art. 12/2 vorgesehen, dass die Kantone solche Puffergebiete als Bauentwicklungsgebiete hätte bezeichnen und dann auf das übrige Gebiet hätten verzichten können. Diese Bestimmung wurde während

---

85 H. Leibundgut, Bewirtschaftungsprobleme im Berggebiet und Raumplanung, in Informationen zur Orts-, Regional- und Landesplanung (Disp) Nr. 35, herausgegeben vom ORL-Institut, S. 16, J.P Vouga, Pourquoi une terre sans affectation? In Wirtschaft und Recht 23 (1971) S. 101

86 Botsch RPG S. 57, 60, Leibundgut und Vouga a.a.O., Th. Weidmann, Landesplanerische Leitbilder und Landwirtschaftszonen, in Nr. 16 der Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung, herausgegeben vom ORL-Institut S. 59

der parlamentarischen Beratung anders gefasst. Nach der bereinigten Fassung können die Kantone "Land, das beim Inkrafttreten des Gesetzes in *Bauzonen* liegt, jedoch innert 20 bis 25 Jahren seit Erlass der Gesamtrichtpläne für die Besiedlung nicht benötigt wird, als Bauentwicklungsgebiet ausscheiden." Für die Baumöglichkeiten gelten in diesen nach wie vor als Bauzonen ausgewiesenen Bauentwicklungsgebieten die Vorschriften des Art. 29/3 und 4 (unten Ziff. 2).

2. DIE BAUMOEGLICHKEITEN IM KOMPLEMENTAERRAUM

2.1 Art. 29 RPG

Im Entwurf II für ein BG über die Raumplanung wurden die Baumöglichkeiten im Abschnitt über die Richtpläne der Besiedelung und der Landschaft umschrieben. Sie erschienen als Anhängsel in den Art. 13 - 16, welche die Abgrenzungskriterien für die einzelnen Gebietskategorien enthalten. Während der parlamentarischen Gesetzesberatung sind sie aus diesem Abschnitt verschwunden und zusammengefasst in den Art. 29 aufgenommen worden, der von den Rechtswirkungen der Nutzungspläne handelt. Damit ist eine klare Trennung erreicht worden zwischen den Vorschriften, welche die Richtplanung oder die eigentliche Planungsphase betreffen und den Vorschriften, welche sich mit der Realisierung der Planung befassen (87). Art. 29 lautet:

> 1. Die Nutzungspläne enthalten die für jedermann verbindlichen Anordnungen über die zulässige Nutzung des Bodens.
>
> 2. Ausserhalb der Bauzonen dürfen Bauten und Anlagen nur bewilligt werden, wenn sie dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Ueberlagern sich verschiedene Zonen, so sind widersprechende Zwecke gegeneinander abzuwägen.
>
> 3. Veränderungen, Erweiterungen und Wiederaufbau von Bauten und Anlagen können ausserhalb der Bauzone bewilligt werden, obwohl sie dem dem Zweck der Nutzungszone nicht oder nur teilweise entsprechen, sofern der Gesuchsteller ein sachlich begründetes Bedürfnis nachweist und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Unter den gleichen Voraussetzungen können ausnahmsweise auch neue Bauten und Anlagen bewilligt werden.
>
> 4. Die Bestimmungen des Abs. 3 gelten sinngemäss auch für das übrige Gebiet; jedoch ist jede Erschliessungsmassnahme für die Besiedlung zu unterlassen.
>
> 5. Bewilligungen gemäss den Abs. 3 und 4 bedürfen der Zustimmung der zuständigen kantonalen Behörde, wenn es sich um neue Bauten und Anlagen, um Wiederaufbauten, um Veränderungen der Nutzung oder um wesentliche Erweiterungen handelt.

Diese Regeln bringen endlich, was vielen kantonalen Bau- und Raumplanungsgesetzen, so auch demjenigen Berns, und dem Art. 20 GSchG fehlt: die konsequente Unterscheidung zwischen *zonenkonformen* und *zonenfremden* Bauten und Anlagen in den Zonen übriges Gebiet und Landwirtschaft mit unterschiedlichen Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit (88).

87 vorn Ziff. D.4.2

88 vorn Ziff. G.4, J.1.6. Für die Bauzonen ist dies seit jeher selbstverständlich, vgl. z.B. Art. 21 BauG BE, zit. in Ziff. D.5.1.

Bauvorhaben sind gemäss Abs. 2 zonenkonform, wenn sie dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Die Zweckbestimmung der Zonen ist in den kantonalen Planungsgesetzen zu umschreiben. Dabei sind die Weisungen des Bundesgesetzgebers zu beachten. Die Art. 12 bis 16 RPG setzen nämlich durch die Ausscheidungskriterien oft solche Zweckbestimmungen. Am klarsten kommt dies in den Art. 12 und 14 über das Landwirtschafts- bzw. das Erholungsgebiet zum Ausdruck.
Zonenkonforme Bauten sind ohne besondere Einschränkungen zulässig. Konflikte können entstehen, wenn sich in einem Gebiet verschiedene Nutzungen überlagern. In diesen Fällen "sind widersprechende Zwecke gegeneinander abzuwägen", d.h. es ist zu entscheiden, welche Nutzungsart vorrangig ist. Nehmen wir als Beispiel ein Rebgebiet, das gleichzeitig der Landwirtschaftszone und der Landschaftsschutzzone zugeteilt ist. Grund für die Landschaftsschutzmassnahme ist die Erhaltung der typischen Schönheit und Eigenart des Rebgeländes. Sie hat nur Erfolg, wenn keine andere landwirtschaftliche Nutzung betrieben wird. Deshalb dürfen keine Bauvorhaben bewilligt werden, welche einer solchen Nutzung dienen können, etwa der Rindviehzucht oder dem Ackerbau.
Abs. 3 regelt die Voraussetzungen für die Zulassung zonenfremder Bauvorhaben. Wir finden zwei uns wohlbekannte Generalklauseln: Das sachlich begründete Bedürfnis und die entgegenstehenden, überwiegenden öffentlichen Interessen. Die Bestimmung unterscheidet zwischen Veränderungen, Erweiterungen und Wiederaufbau von Bauten und Anlagen und neuen Bauten und Anlagen. Letztere sollen - nebst den genannten Voraussetzungen - nur ausnahmsweise zulässig sein. Ein drittes Erfordernis kann darin nicht gesehen werden. Die Formulierung ist vielmehr als Anweisung zu verstehen, die Verwaltungs- und Gerichtspraxis zum sachlich begründeten Bedürfnis streng auszugestalten. Die Nachsicht, die bei Bauprojekten im Zusammenhang mit bestehenden Objekten allenfalls walten kann, ist bei Neubauten nicht am Platze (89).
Art. 29 enthält einige Anordnungen über die Kompetenzen im Baubewilligungsverfahren. Sämtliche Bauvorhaben sind von den ordentlichen Baubewilligungsbehörden zu beurteilen. Zonenfremde Projekte bedürfen der Zustimmung einer übergeordneten, kantonalen Behörde. Ausgenommen davon sind Veränderungen im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung und geringfügige Erweiterungen.
Unter dem Begriff Bauten und Anlagen sind Gebäude, andere Bauwerke sowie weitere, der Baubewilligungspflicht unterstellte Tatbestände zu verstehen. Wir haben sie in Ziff. G.1.1 und G.1.3 erklärt.

---

89 Baschung S. 161. Diese Auffassung wurde auch im Parlament überwiegend vertreten: Schlumpf, StenBull NR 1974 S. 104 Spalte 1, Bonnard ebenda S. 105 Sp. 2, Muheim ebenda S. 107 Sp. 1, Furgler ebenda S. 109 Sp. 1

2.2 Auswirkungen auf das bernische Recht

2.21 BAUMOEGLICHKEITEN IN DER LANDWIRTSCHAFT

2.211 Zonenkonforme Bauvorhaben

Voraussichtlich wird der grösste Teil der Bodenflächen, welche nach geltendem Recht dem übrigen Gemeindegebiet zugeteilt sind, der Landwirtschaftszone zuzuweisen sein, mit Ausnahme grösserer unproduktiver Gebiete in den höheren Bergregionen (90). Zonenkonform werden Bauten und Anlagen sein, welche der Landwirtschaft dienen. Eine neue kantonale Vorschrift über die Baumöglichkeiten wird sich weitgehend an die Formulierung des Art. 23/2 BauG anlehnen können:

1. In den Landwirtschaftszonen dürfen Bauten und Anlagen nur bewilligt werden, wenn sie der landwirtschaftlichen Nutzung des Bodens oder den Wohnbedürfnissen der bäuerlichen Bevölkerung und ihren Hilfskräften dienen.

2. Standortgebundene Lagerungs- und Verarbeitungsbetriebe für landwirtschaftliche Rohprodukte sind gestattet. Gärtnereien, Zucht- und Mastbetriebe sind zugelassen, wenn in den Gemeindebauvorschriften nicht etwas anderes festgelegt ist. Zulässig sind ferner Wohnbauten für das betriebsnotwendig an den Standort gebundene Personal.

Ziff. 2 dieses Vorschlages ist im Sinn unserer Auslegung des geltenden Art. 23/2/2. und 3. Satz präzisiert (91). Da die gartenbauliche Nutzung als besonderer Zweig der Landwirtschaft gilt, sind auch die zudienlichen Betriebsgebäude und die Wohngebäude der in diesem Zweig arbeitenden Bevölkerung als zonenkonform anzusehen (92). Das gleiche gilt für Zucht- und Mastbetriebe. Eine Einschränkung ist insofern anzunehmen, als der Boden massgebender Produktionsfaktor der Betriebseinheit sein muss (93). Trifft das nicht zu, ist allenfalls ein sachlich begründetes Bedürfnis im Sinn von Art. 29/3 RPG anzunehmen, wie es vorn in Ziff. M.3.21 c umschrieben wurde. Schliesslich ist unbestritten, dass das echte Stöckliprinzip, wie wir es in Ziff. I.2.23 umschrieben, beibehalten werden soll (94). Bauvorhaben, welche nach geltendem Recht unter Art. 23/3 BauG fallen, sind nur noch unter den besonderen Voraussetzungen von Art. 29/3 RPG zulässig. Es handelt sich um die Umbauten und Erneuerungen bestehender nichtlandwirtschaftlicher Gebäude - vom RPG als Veränderungen bezeichnet - im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung.

2.212 Zonenfremde Bauvorhaben

Die Voraussetzungen für zonenfremde Bauvorhaben gemäss Art. 29/3 RPG sind ein genaues Abbild der Rechtslage, wie sie im Kanton Bern zur Zeit infolge des Nebeneinanders von Vorschriften des Gewässerschutzgesetzes und des Baugesetzes zum selben Gegenstand besteht:

---

90 Baschung S. 160

91 vorn Ziff. I.3.1 und 3.3

92 vorn Ziff. F.4.1, StenBull NR 1974 S. 81f., StenBull StR 1974 S. 99f.

93 vorn Ziff. I.3, 3.2. In den Räten kam das in dem Sinn zum Ausdruck, als industrieähnliche Betriebe nicht als zonenkonform angesehen wurden: Vincenz, StenBull StR 1974 S. 100, Furgler, StenBull NR 1974 S. 82.

94 als Beispiel sei das Votum Furgler genannt, StenBull NR 1974 S. 108 Sp. 2

Einerseits muss ein sachlich begründetes Bedürfnis nachgewiesen werden (heute Art. 20 GSchG), andererseits dürfen keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (heute Art. 24 BauG). Art. 24 BauG muss revidiert werden und die Voraussetzungen des Art. 29/3 RPG übernehmen; denn es wäre ein unhaltbarer Rechtszustand, Bestimmungen, die sich teilweise widersprechen und daher teilweise nichtig sind, nebeneinander stehen zu lassen. Er erschwert ein klares, konsequentes Verwaltungshandeln und schadet den Bedürfnissen der Rechtssicherheit. Umstritten dürfte die Frage werden, ob der kantonale Gesetzgeber die in Art. 29/3 RPG verwendeten Generalklauseln näher umschreiben darf. Wir haben sie schon bei der Behandlung von Art. 20 GSchG gestellt und verneint (Ziff. M.3.1). Es handelt sich um unbestimmte Gesetzesbegriffe des Bundesrechts, die einer näheren Ausgestaltung durch den kantonalen Gesetzgeber nicht zugänglich sind. Nur der Bundesrat könnte auf dem Verordnungsweg eine nähere Umschreibung treffen, analog derjenigen in Art. 27/1 AGSchV. Zulässig wäre meines Erachtens höchstens eine kantonale Vorschrift, welche bloss eine beispielsweise Aufzählung von Bauvorhaben enthält, für die ein sachlich begründetes Bedürfnis angenommen werden kann, wie sie heute Art. 27/2 AGSchV enthält. Es dürfte sich nur um eine "Kann"-Vorschrift handeln. Es wäre ausgeschlossen, Rechtsansprüche auf Ausnahmen zu schaffen, wie es in Art. 24/2 BauG geschehen ist. Solche Aufzählungen hätten den Charakter von Richtlinien, welche die Ausübung des pflichtgemässen Ermessens erleichtern. Das gleiche gilt für Aufzählungen öffentlicher Interessen, die den Bauvorhaben entgegenstehen können.
In erster Linie ist es jedoch Aufgabe der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, diese Begriffe auszulegen. Die Auslegungspraxis zu Art. 20 GSchG/Art. 24 BauG wird sich nicht ohne gewisse Aenderungen auf das neue Recht übertragen lassen. Die wichtigste Einschränkung folgt aus der Zweckbestimmung der Landwirtschaftszone. Sie soll einzig, mindestens aber vorrangig der landwirtschaftlichen Bodennutzung dienen. Die anderen Bodennutzungen, die im übrigen Gemeindegebiet nach bernischem Recht ebenfalls zugelassen sind, sollen weitgehend zurückgebunden werden. Das betrifft insbesondere die Erholungsnutzung und den Abbau von Lagerstätten. Wo diese zugelassen oder sogar gefördert werden sollen, sind entsprechende Zonen zu bezeichnen. Sie können die landwirtschaftliche Nutzung überlagern (95).
Im einzelnen werden sich folgende Abweichungen von der Auslegung der geltenden Ordnung aufdrängen:
a) Standortgebundene Fremdenverkehrseinrichtungen und weitere Bauten, die einen erheblichen Förderungseffekt auf den Fremdenverkehr erwarten lassen: Solche Bauten und Anlagen sind nur dort zulässig, wo die Landwirtschaftszonen mit Erholungszonen überlagert werden. Anders wäre es sinnlos, den Komplementärraum überhaupt in verschiedene Zonen aufzuteilen.

b) Die Einrichtung von Ferienwohnungen auf Landwirtschaftsbetrieben: Hier ist ein sachlich begründetes Bedürfnis anzuerkennen, sofern die in Ziff. J.2.213 genannten Bedingungen erfüllt sind.

c) Die Bundesrechtswidrigkeit der lit. b - c von Art. 24/2 BauG bleibt bestehen. So geht aus den parlamentarischen Beratungen klar hervor, dass es nicht zulässig ist, durch Baulandverkäufe finanzielle Mittel zu beschaffen, um Landwirtschaftsbetriebe zu sanieren oder zu

95 Baschung S. 160

rationalisieren. Das wurde auch von den Vertretern der Landwirtschaft anerkannt. Der Finanzbedarf der Landwirtschaft ist durch andere Mittel, namentlich durch das System der Ausgleichszahlungen, zu sichern (96). Als unzulässig wurden auch Bauten für Verwandte von Landwirten angesehen, wenn sie selber nicht oder nicht mehr in der Landwirtschaft tätig sind: "Häuserkränze" rund um die Bauernhöfe sind zu verhindern (97).

d) Bei Wohnbauten für Angehörige von Landwirten ist ein sachlich begründetes Bedürfnis anzuerkennen, wenn sie regelmässig und dauernd auf dem Hof mitarbeiten. Für Einzelheiten sei auf Ziff. M.3.32 verwiesen.

e) Standorgebundene, nichtlandwirtschaftliche Bauten: Hier sind vor allem die technischen Anlagen zu nennen. Gelegentlich dürfte für nichtlandwirtschaftliche Betriebe eine Standortgebundenheit anerkannt werden müssen, doch hat dies mit grosser Zurückhaltung zu geschehen. Dagegen besteht für Erholungseinrichtungen in Landwirtschaftszonen kein sachliches Bedürfnis. Sie sind in Erholungszonen anzulegen.

f) Bauten für die Strukturverbesserung des ländlichen Raumes: Solche Bauvorhaben sind auch unter dem neuen Recht zuzulassen. Wenn die in Ziff. J.2.252 umschriebenen, strengen Voraussetzungen eingehalten werden, wird die Zahl und das Ausmass dieser Bauten gering sein. Eine untragbare Durchlöcherung der Zonenordnung ist nicht zu befürchten.

g) Bauprojekte im Zusammenhang mit bestehenden Bauten und Anlagen teilt Art. 29/3 RPG in drei Gruppen:
- Veränderungen: Darunter sind Umbauten, Erneuerungen und Ausbauten zu verstehen (Ziff. I.5.3 und 4).
- Erweiterungen: Das sind die Vergrösserungen von Gebäuden und Anlagen (Ziff. I.5.4).
- Wiederaufbau: Hier werden bestehende Objekte ersetzt.

Zur Beurteilung des sachlich begründeten Bedürfnisses ist wesentlich, ob durch die neuen Bauarbeiten die bisherige Zweckbestimmung der Baute oder Anlage gewahrt oder verändert wird. Im ersten Fall sind die Anforderungen nicht streng anzusetzen, wenn es um *Veränderungen* im Sinn von Umbauten und Erneuerungen geht (98). Solche Bauarbeiten sind nach geltendem Recht gemäss Art. 23/3 BauG voraussetzungslos gestattet und werden von Art. 20 GSchG nicht erfasst (Ziff. M.3.22). *Erweiterungen* im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung sind in zwei Gruppen einzuteilen:
- Wohnbauten: Hier ist vorwiegend auf die persönlichen Verhältnisse der Bewohner abzustellen.
- Gebäude für nichtlandwirtschaftliche Betriebe: Hier können die Richtlinien übernommen werden, welche wir zu Art. 20 GSchG angaben (Ziff. M.3.22).

Der Wiederaufbau kann dann bewilligt werden, wenn ein Bau durch Naturgewalt zerstört worden ist und der Ersatzbau die Zweckbestim-

96 Rüttimann, StenBull NR 1974 S. 29 Sp. 2, Hofer-Flawil ebenda S. 31 Sp. 1, Roth ebenda S. 32 Sp. 1, Augsburger ebenda S. 37 Sp. 1, Furgler, ebenda S. 47 Sp. 2

97 Rippstein ebenda S. 106, Furgler ebenda S. 108 Sp. 2 und in StenBull StR 1973 S. 118ff.

98 Baschung S. 106

mung beibehält (99).
Veränderungen und Erweiterungen mit Umwandlung der Zweckbestimmung sollten zugelassen werden, wenn es sich um schutzwürdige oder erhaltenswerte Bauten handelt, sofern sie ohne Zweckänderung dem Verfall preisgegeben wären. Baubewilligungen für die Umgestaltung landwirtschaftlicher Objekte sollten nur erteilt werden, sofern sich nachweislich niemand findet, der das Gebäude weiterhin landwirtschaftlich nutzt (100). Wiederaufbauten mit Aenderung der Zweckbestimmung sind wie Neubauten zu behandeln (101). Die Tatsache, dass ein Bauvorhaben ein bestehendes Gebäude ersetzen soll, ist für sich allein kein sachliches Bedürfnis. Es muss eine weitere Begründung vorliegen, die grundsätzlich auch einen Neubau auf einem bisher nicht überbauten Grundstück rechtfertigen würde.

h) Notlösungen bis zum Inkrafttreten der Nutzungspläne in den Gemeinden werden sich nicht immer umgehen lassen. Wir verweisen auf unsere Ausführungen in Ziff. M.3.33.d.

i) Wie weit Härtefälle im eigentlichen Sinn (Ziff. J.2.255) berücksichtigt werden können, hängt davon ab, ob und wie der Bundesrat in einer Ausführungsverordnung den Begriff des sachlichen Bedürfnisses umschreibt. Uebernimmt er den Art. 27/1 AGSchV, können sie nicht berücksichtigt werden (Ziff. M.3.33.e). Andernfalls wäre der Weg einzuschlagen, der die kantonalen Behörden unter der Alleinherrschaft des Art. 24 BauG begingen.
Der Begriff des überwiegenden öffentlichen Interesses in Art. 29/3 RPG entspricht demjenigen des wesentlichen öffentlichen Interesses in Art. 24 BauG. Das bernische Recht erfüllt in diesem Punkt die Anforderungen des Raumplanungsgesetzes bereits. Unseren Ausführungen in Ziff. J.3 ist nichts beizufügen.

2.22 Baumöglichkeiten in den Forstzonen

Die Forstzonen umfassen das durch die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung umschriebene Waldareal. Die Forstgesetzgebung enthält auch Vorschriften über die zulässigen Bauten und Anlagen im Wald (102). Sie gehen als Spezialbestimmungen dem Art. 29/2 und 3 RPG vor.
Daneben können Aufforstungsgebiete als Forstzonen ausgeschieden werden. Solange solche Gebiete nicht unter die Forstgesetzgebung fallen, gelten für die Baumöglichkeiten die Abs. 2 und 3 des Art. 29 RPG. Bauten und Anlagen, welche nicht der künftigen Waldbewirtschaftung dienen, sollten in Aufforstungsgebieten nicht bewilligt werden, sonst ist die Zonenausscheidung wertlos.

2.23 Baumöglichkeiten im übrigen Gebiet

Art. 29 enthält in Abs. 4 eine besondere Bestimmung für das übrige Gebiet. Sie ist eigentlich überflüssig, denn Abs. 3 bezieht

99 In diesem Sinn Fischer-Bern, StenBull NR 1974 S. 102f., Muheim ebenda S. 107 Sp. 1
100 zu diesem Problem vorn Ziff. I.5.22
101 Muheim, StenBull NR 1974 S. 107 Sp. 1
102 Art. 28 FPolV, zit. in Ziff. I.2.1

sich bereits auf alle Gebiete, welche nicht den Bauzonen zugewiesen sind, und dazu gehört auch das übrige Gebiet. Die Anweisung, dass jede Erschliessungsmassnahme für die Besiedelung zu unterlassen ist, steht am falschen Platz. Dieses Gebot soll für das gesamte, nicht in Bauzonen eingeteilte Gebiet gelten (103). Es hätte in Abs. 3 aufgenommen werden sollen. Abs. 4 ist ferner unvollständig, weil er über die zonenkonformen Bauvorhaben nichts bestimmt. Als zonenkonform müssen Bauten und Anlagen gelten, welche der bisherigen Nutzung der Grundstücke dienen

2.24 Ferienhauszonen

Soll an der Vorstellung festgehalten werden, dass Ferienhausgebiete Teile des Komplementärraums sind und nicht zum Siedlungsgebiet gehören, müssen sie mit anderen, geeigneten Nutzungsgebieten überlagert werden. Sie sind als besondere Gebietsart in den *Richtplänen* der Besiedelung und der Landschaft vorzusehen (Art. 10/4 RPG). Eine Ueberlagerung mit den Landwirtschafts- oder mit den Forstgebieten ist ausgeschlossen. Die Zweckbestimmung dieser Gebiete vertragen keine Ferienhaussiedlungen. Dagegen können Ferienhausgebiete mit Erholungsgebieten überlagert werden. Ausgeschlossen wäre, in den *Nutzungsplänen* die Erholungszonen gleichzeitig als Ferienhauszonen zu bezeichnen. Letztere müssten auf bestimmt umgrenzte Teile der Erholungszonen beschränkt werden. Da sie Baumöglichkeiten anbieten, müssten für die Ferienhauszonen die Voraussetzungen des Art. 29/3 RPG erfüllt sein, gleich wie für Ferienhauszonen nach Art. 25 BauG diejenigen von Art. 24 vorliegen müssen. Denn Ferienhäuser sind keine zonenkonformen Bauten im Sinn von Abs. 2 des Art. 29 RPG. Ihre Erstellung ist durch den Begriff der Erholung nicht gedeckt (104). Die Ausführungen zum Verhältnis des Art. 25 zu Art. 24 BauG können sinngemäss auf das Verhältnis zwischen Erholungszonen und Ferienhauszonen übertragen werden (Ziff. K.3).
Die Ferienhauszonen können auch im übrigen Gebiet ausgeschieden werden. Das RPG Graubünden kennt diese Möglichkeit in Art. 31 schon (Ziff. K.1). Davon könnte insbesondere Gebrauch gemacht werden, wenn das übrige Gebiet als Puffergebiet zwischen dem Siedlungsgebiet und dem Landwirtschaftsgebiet ausgeschieden wird. Wir sahen, dass eine Reihe bernischer Gemeinden Ferienhauszonen nicht in abseitige Gebiete verlegt, sondern am Rand der Wohnsiedlungen anordnet (Ziff. K.3.1 und 2).
Eine dem geltenden Art. 25/1 BauG nachgebildete Bestimmung könnte somit lauten:
"Die Gemeinden können in einem Ueberbauungsplan bestimmt umgrenzte Teile von Erholungszonen oder des übrigen Gebiets für den Bau- von Ferien- und Wochenendhäusern freigeben, sofern die Voraussetzungen von Art. 29/3 des Bundesgesetzes über die Raumplanung erfüllt sind".

Da es sich hier um ein Institut des kantonalen Rechts handelt, könnten die Voraussetzungen des sachlich begründeten Bedürfnisses näher umschrieben werden, beispielsweise:

---

103 vgl. hierzu Ziff. J.3.231 a.E.
104 vorn Ziff. F.4.41 und J.2.33

"Ein sachlich begründetes Bedürfnis kann anerkannt werden, wenn die Gemeinde wirtschaftlich auf den Fremdenverkehr angewiesen ist."

Die Abs. 2 und 3 des Art. 25 BauG könnten unverändert übernommen werden.

2.25 Das Baubewilligungsverfahren

Die Vorschriften des Art. 29 RPG über die Kompetenzordung im Baubewilligungsverfahren werden die geltende bernische Ordnung nur unwesentlich beeinflussen. Die ordentlichen Baubewilligungsbehörden (105) haben erstinstanzlich über die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen zu entscheiden. Bei zonenfremden Bauvorhaben haben sie das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen gemäss Art. 29/3 zu prüfen. Für den Entscheid stehen zwei Möglichkeiten offen:

- Die Baubewilligungsbehörde entscheidet und stellt ihren Entscheid der Baudirektion als Aufsichtsbehörde zur Genehmigung zu, wenn ein Fall von Art. 29/5 vorliegt.
- Die Baudirektion entscheidet über die Zulässigkeit von Bauvorhaben gemäss Abs. 5 von Art. 29. Die unteren Baubehörden haben nur ein Antragsrecht. Das entspräche der geltenden Ordnung von Art. 24 und 47/3 BauG. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung im ganzen Kantonsgebiet sollte dieses System beibehalten werden. Neu sollte die Möglichkeit geboten werden, die Frage des sachlich begründeten Bedürfnisses unabhängig von einem detaillierten Baugesuch durch formelle Verfügung feststellen zu lassen (106).

---

105 der Regierungsstatthalter, allenfalls eine Gemeindebehörde, vgl. Ziff. J.8.11

106 vgl. Ziff. J.8.3, 6

6. Teil

O Übriges Gebiet, Landwirtschaftszone und materielle Enteignung

Vorbemerkung

Die vorliegende Arbeit wäre unvollständig, wenn sie nicht zur Frage der materiellen Enteignung Stellung nehmen würde, welche untrennbar verknüpft ist mit dem Erlass einer besonderen Nutzungsordnung für das übrige Gebiet und für die Landwirtschaftszone. Dem Verfasser würde mit Recht vorgeworfen, er drücke sich um dieses Problem, von dessen Bewältigung der Erfolg dieser Planungsmassnahmen in erheblichem Masse abhängt. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass eine umfassende Untersuchung des Problems Gegenstand einer besonderen Arbeit sein müsste, welche die bereits vorhandenen Materialien zu sichten, zu werten und neue Ideen mehr als nur zu skizzieren hätte. Im Folgenden werden die Lehre und die Rechtsprechung in den Grundzügen dargestellt und mit persönlichen Stellungnahmen anhand einiger besonders aktueller Sachverhalte ergänzt (1).

1. GRUNDSAETZLICHES

Löst die Zuweisung von Grundstücken in eine Zone übriges Gebiet oder Landwirtschaft die Entschädigungspflicht des Gemeinwesens wegen materieller Enteignung aus? Wer sich anschickt, diese juristische Fragestellung zu beantworten, sollte stets vor Augen haben: Der grösste Teil des Schweizerbodens ist heute oder wird in naher Zukunft dem übrigen Gebiet oder einer Landwirtschaftszone zugeteilt und mit Baubeschränkungen belegt. Die Bejahung der Frage hat die Folge, dass diese Raumplanungsmassnahmen undurchführbar sind. Kein Gemeinwesen, auch Bund, Kantone und Gemeinden zusammen nicht, vermöchten die Entschädigungen aufzubringen, selbst wenn sie in den Ansätzen mässig wären (2). Kantone, welche die Abgrenzung des Baugebietes vom übrigen Gebiet bereits durchgeführt haben (3), müssten sie wieder zurücknehmen.
Raumplanerische Anordnungen werden mit dem Inkrafttreten der entsprechenden Erlasse und Pläne rechtswirksam. Die Frage, ob sie eine materielle Enteignung bewirken, braucht noch nicht beantwortet zu sein. Sie wird in der Regel erst nachher aufgerollt. Der Grund liegt in der verfahrenstechnischen Aufspaltung in das Rechtsetzungsverfahren des Gemeinwesens und in den Entschädigungsprozess, der vom betroffenen Grundeigentümer ausgelöst wird (4). Der Gesetzgeber sollte sich aber über die finanziellen Auswirkungen der anzuordnenden Raumplanungsmassnahmen Rechenschaft geben können. Diese unbefriedigende Situation kann nur auf zwei Arten gemildert werden, wenn an der Zweiteilung des Verfahrens festgehalten wird:

---

1 vgl. im übrigen die Arbeiten von Blocher, Gygi, Expropriation, Zimmerli, Meyer Ludwig sowie die in Ziff. 4.3 unten genannten Literaturzusammenstellungen.
2 Blocher S. 149
3 vorn Ziff. E.3 und 4
4 Gygi, Expropriation S. 83ff., Zimmerli S. 139, BGE 91 I 814

- Der Gesetzgeber erlässt Regeln über die Entschädigungsfolgen, wobei er hier - mit Ausnahme des Bundesgesetzgebers - Gefahr läuft, dass diese Regeln von den Gerichten als verfassungswidrig erklärt werden.
- Es wird eine klare Rechtsprechung zu den Entschädigungsfragen entwickelt, welche sich eindeutig auf die einzelnen raumplanerischen Massnahmen des Gesetzgebers bezieht. Das setzt jedoch voraus, dass überhaupt Entschädigungsprozesses an die Gerichte herangetragen werden.

Keine dieser Voraussetzungen ist im gegenwärtigen Zeitpunkt erfüllt, was die Zonen übriges Gebiet und Landwirtschaft betrifft. Die kantonale Bau- und Planungsgesetze schweigen sich über die Frage aus. So lautet beispielsweise Art. 99/1 BauG Bern:

> Eigentumsbeschränkungen, wie der dauernde Einbezug eines Grundstücks in eine Frei- oder Grünfläche oder ein Schutzgebiet, begründen einen Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers, wenn sie in ihrer Wirkung einer Enteignung gleichkommen. Entschädigungspflichtig ist das verfügende Gemeinwesen.

Die Gerichte haben sich noch nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit ausgesprochen (5). Bei allen Beteiligten - Gesetzgebern, Regierungen, Verwaltungen, Planern, Grundeigentümern - herrscht grosse Unsicherheit (6). Die Kantone, welche in neuen Planungsgesetzen die Zonen übriges Gebiet und Landwirtschaft bereits im Sinn eines Obligatoriums für die Gemeinden eingeführt haben, haben unter diesen Voraussetzungen echte Pionierarbeit geleistet und ein erhebliches Risiko auf sich genommen. Der unbefriedigende Rechtszustand dürfte erst mit dem Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes des Bundes ein Ende finden, denn es enthält die notwendigen Bestimmungen zur materiellen Enteignung.
Einen interessanten Gegensatz zu den weitläufigen Diskussionen in der Rechtswissenschaft und in der Rechtsprechung über die Umschreibung der materiellen Enteignung im Zusammenhang mit der Landwirtschaftszone bildet die Tatsache, dass es bis heute erst zu vereinzelten Enteigungsprozessen im Zusammenhang mit der Bezeichnung von Landwirtschaftszonen und übrigem Gemeindegebiet gekommen ist. Im Kanton Bern sind meines Wissens zwischen dem 1.1.1971 (Inkrafttreten des neuen Baugesetzes) und Ende 1974 nur zwei Verfahren angehoben worden, welche noch nicht abgeschlossen sind. Das lässt den Schluss zu, dass auch diejenigen Rechtsgenossen, welche in solchen Zonen Land besitzen, die soziale Pflichtigkeit des Grundeigentums durchaus anerkennen und auch harte Vorschriften akzeptieren, wenn ihre Notwendigkeit klar begründbar ist (7). Das sollte denjenigen Juristen zu denken geben, die sich beharrlich weigern, die Theorie von den Sozialbindungen des Grundeigentums anzuerkennen.

---

5 Zimmerli S. 150 in bezug auf das Bundesgericht
6 Gygi, Expropriation S. 82, Aubert/Jagmetti No 133, Meyer Ludwig S. 200
7 ähnlich Friedrich S. 71

2. DIE BISHERIGE RECHTSPRECHUNG UND LEHRE ZUR MATERIELLEN ENTEIGNUNG

2.1 Die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht im allgemeinen

Art. 22 ter/3 BV bestimmt, dass bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, volle Entschädigung zu leisten ist. Diese Verfassungsbestimmung gibt das vom Bundesgericht seit Jahrzehnten geübte Richterrecht wieder. "Der Eigentümer hat nicht nur dann Anspruch auf Entschädigung, wenn ihm das Eigentum oder einzelne damit verbunde Befugnisse in einem förmlichen Verfahren entzogen werden (formelle Enteignung), sondern auch dann, wenn er zwar formell Eigentümer bleibt, jedoch durch öffentlich-rechtliche Beschränkungen, d.h. durch staatliche Eingriffe in seinen Befugnissen ähnlich betroffen wird, wie wenn ihm das Eigentum formell entzogen worden wäre. Darin liegt eine sogenannte materielle Enteignung " (8).

Dieser Grundsatz ist in der Rechtslehre kaum bestritten. Dagegen gehen die Auffassungen über den *Verlauf der Grenzlinie* zwischen staatlichen Einwirkungen auf das Grundeigentum, welche entschädigungslos zu dulden sind, und solchen, welche die Entschädigungspflicht auslösen, weit auseinander. Eine Fülle von Abgrenzungstheorien wird angeboten. Blocher hat sie in seiner Arbeit zusammengetragen (9). In der Rechtsprechung hat sich keine dieser Theorien vollumfänglich durchgesetzt. Die einen gerieten in Vergessenheit oder blieben überhaupt wirkungslos. Andere vermochten die Rechtsprechung zu beeinflussen: So die *Einzelakttheorie*, wonach eine materielle Enteignung nur vorliegen kann, wenn einzelne wenige Eigentümer betroffen sind. Die *Opfertheorie* nimmt darüber hinaus eine materielle Enteignung nur an, wenn der staatliche Eingriff einzelnen Eigentümern ein Opfer auferlegt, das sie - vor allem im Verhältnis zu den übrigen Eigentümern gewürdigt - unzumutbar hart träfe, wenn sie nicht entschädigt würden. Die Theorien der *Eingriffsintensität* schliesslich stellen auf die Schwere des Eingriffs in die Eigentümerbefugnisse ab, wobei massgebend sind:

- die subjektive Wertung der einzelnen Befugnisse durch den Grundeigentümer (Schutzwürdigkeitstheorie) oder
- eine objektivierte Wertung, gewonnen nach den jeweiligen Zeitanschauungen und an den Erwartungen der Gesellschaft (Zumutbarkeitstheorie) oder
- die Unterscheidung zwischen einer wertvollen Kernsubstanz und der weniger wertvollen Schale des Eigentumsgehalts (Substanzminderungstheorie).

In der bundesgerichtlichen Umschreibung der materiellen Enteignung lassen sich diese Theorien erkennen. Eine materielle Enteignung liegt nach der Rechtsprechung des Gerichts vor,

---

8 Zimmerli S. 138 mit Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis
9 S. 123ff., ferner Zimmerli S. 140

- wenn

  - der bisherige oder
  - ein voraussehbarer künftiger

  Gebrauch der Sache
  - verboten oder
  - in besonders schwerer Weise eingeschränkt wird,

- oder wenn

  - ein einziger
  - oder einzelne Grundeigentümer

  so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit als unzumutbar erschiene, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde.

Das Bundesgericht gibt zu dieser breitangelegten Umschreibung folgende Erläuterung: "Es sind demnach zwei Fälle zu unterscheiden: Im ersten wird in das Eigentum in ausserordentlich schwerer Weise eingegriffen, so dass dem Eigentümer eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird; ein solcher Eingriff zieht in jedem Fall die Entschädigungspflicht des Gemeinwesens nach sich. Im zweiten Fall liegt zwar keine derart weitreichende Eigentumsbeschränkung vor; dennoch hat der Eigentümer Anspruch auf Entschädigung, wenn er in der Ausübung seiner Eigentumsrechte erheblich eingeschränkt wird und wenn ihm die Verweigerung einer Entschädigung ein mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht zu vereinbarendes Opfer gegenüber den nicht betroffenen Eigentümern auferlegen würde. In beiden Fällen verdient nicht nur die gegenwärtige, sondern auch die künftige mögliche Benutzung des Grundstücks Schutz; die letztere jedoch nur insoweit, als sie nach den Umständen mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft zu erwarten ist." (10) Eine weitere Einschränkung erfährt der Entschädigungstatbestand durch die Unterscheidung zwischen Eigentumsbeschränkungen, die im öffentlichen Wohl begründet liegen, und Eingriffen polizeilicher Natur, welche der Abwehr konkreter Gefahren dienen. Das Bundesgericht beschränkt die materielle Enteignug auf die erste Fallgruppe. Polizeiliche Eingriffe, mögen sie auch intensiv sein, lösen keine Entschädigungspflicht aus (11). Diese Rechtsprechung setzte im Jahr 1965 mit dem Entscheid BGE 91 I 329 ein und festigte sich seither in einer Reihe von Urteilen (12). In der Lehre wird sie überwiegend akzeptiert. Einzig die unterschiedliche Behandlung polizeilicher und anderer Eigentumsbeschränkungen stiess auf Kritik (13). Die Lehre konzentrierte sich im wesentlichen darauf, Kriterien zu erarbeiten, welche die unbestimmten Rechtsbegriffe in der bundesgerichtlichen Definition weiter konkretisieren sollen, so die Umschreibung der Eingriffsintensität (14) und des Baulandbegriffs (15).

10 BGE 96 I 357

11 ebenda

12 Hinweise bei Zimmerli S. 142 Anm. 33

13 Gygi, Expropriation S. 98, Huber Hans, zit. in BGE 96 I 358, weitere Hinweise bei Zimmerli S. 143f., 152f.

14 Zimmerli S. 143, Gygi, Expropriation S. 95ff., Friedrich S. 66ff., Hintermann S. 72ff.

15 Hintermann S. 60ff., Blocher S. 134ff., Meyer Ludwig S. 212ff., Zimmerli S. 146f., Baschung S. 162ff.

2.2 Bewirkt die Ausscheidung des übrigen Gebiets bzw. der Landwirtschaftszone eine materielle Enteignung?

Das übrige Gebiet und die Landwirtschaftszone sind Bestandteile der weitflächig angelegten Nutzungsplanung. Sie erstrecken sich über ausgedehnte Gebiete. Die Zonenvorschriften belegen diese mit einem Bauverbot für nichtlandwirtschaftliche Bauten, und dazu sind noch weitere Bodennutzungen nur beschränkt zugelassen. Demgegenüber sind die Rechtsprechung und die überwiegende Zahl der Begriffs- und Abgrenzungstheorien zur materiellen Enteignung auf Einzelfälle zugeschnitten, die mehr oder weniger isoliert betrachtet werden: Es geht um Grundstücke, die aus Gründen des Schutzes eng begrenzter Landschaften und Ortsbilder, der Strassenbauplanung, der Schaffung von Grünflächen in Stadtgebieten, oder die aus polizeilichen Gründen (Grundwasserschutz, gegenseitiger Schutz von Bauten und Wäldern vor Brandfällen) mit einem gänzlichen oder teilweisen Bauverbot belegt werden (16). Erst mit der Ausscheidung flächenmässig ausgedehnter Landschaftsschutzgebiete wurde die Zahl der betroffenen Grundstücke grösser (17). Blocher stellt deshalb die Frage, ob der Begriff der materiellen Enteignung im Zusammenhang mit den Eigentumsbeschränkungen der Landwirtschaftszone und damit die herkömmlichen Kriterien der Abgrenzung zwischen entschädigungslosen und entschädigungspflichtigen Eigentumsbeschränkungen überhaupt brauchbar sind. Er bejaht sie und unternimmt es, anhand der bundesgerichtlichen Definition nachzuweisen, dass die *Zuweisung eines Grundstückes in die Landwirtschaftszone grundsätzlich keine materielle Enteignung darstellt, dass für besondere Fälle aber eine solche angenommen werden muss.* (S. 142ff.) Eine Reihe weiterer Autoren kommt, teils mit anderen Begründungen, zum gleichen Schluss, so Friedrich (S. 69ff.), Aubert/Jagmetti (No 148), Baschung (S. 161), Zaugg, Note 3 zu Art. 99 BauG Bern. Zimmerli lässt die Frage offen (S. 150), Ludwig Meyer bezeichnet das übrige Gemeindegebiet nach bernischem Recht als "enteigungsverdächtig" (S. 210). In keiner neueren Abhandlung wird die Entschädigungspflicht dem Grundsatz nach bejaht.
Wir werden im folgenden die einzelnen Enteigungstatbestände anhand der bundesgerichtlichen Umschreibung im Hinblick auf das übrige Gebiet und die Landwirtschaftszone nachprüfen. Dabei wird die von Blocher gestellte Frage der Brauchbarkeit der Umschreibung aufzugreifen sein.

2.21 DAS VERBOT, EINE BISHERIGE BODENNUTZUNG WEITERHIN AUSZUUEBEN

Die Nutzungsvorschriften für das übrige Gebiet und für die Landwirtschaftszone lassen in erster Linie die land- und die forstwirtschaftliche Bodennutzung zu. Sie gestatten die hierzu erforderlichen Betriebsgebäude und in der Regel Wohnbauten für die landwirtschaftliche Bevölkerung. Bei land- oder forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken wird keine bisherige Nutzung verboten.
Im Komplementärraum werden viele Grundstücke anders als land- oder forstwirtschaftlich genutzt. Sie sind mit nichtlandwirtschaftlichen

16 Zusammenstellungen bei Blocher S. 132ff., Zimmerli S. 144ff.
17 Beispiele: Landschaftsschutzgebiete am Genfersee (BGE 96 I 435 E 4a, 5, 480 E 4), in der Umgebung von Zürich (BGE 94 I 52, 96 I 234, 98 I 381)

Bauten und Anlagen überbaut. Mit dem Inkrafttreten der neuen Nutzungsordnung werden die Bauten zonenwidrig (18). Das bernische Baugesetz hat, um den Weiterbestand solcher Nutzungen zu ermöglichen, den Unterhalt und die Erneuerung im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung ohne Einschränkung zulässig erklärt (19). Das Gewässerschutzrecht lässt solche Erneuerungen ebenfalls zu, ohne dass ein sachlich begründetes Bedürfnis nachgewiesen werden muss (20). Grundsätzlich ausgeschlossen ist dagegen, solche Bauten durch Neubauten zu ersetzen (21). Wer ein Haus ersetzen muss, weil es baufällig ist und nicht erneuert werden kann oder weil die Erneuerung finanziell nicht tragbar wäre, verliert die Möglichkeit, sein Grundstück gleich wie früher zu nutzen. Der Entzug dieser aus früherem Recht abgeleiteten Nutzungsbefugnisse wiegt zweifellos schwer. Es kann kaum bestritten werden, dass der Tatbestand des ausserordentlich schweren Eingriffs in das Eigentum und damit eine materielle Enteigung vorliegt (22). Das erklärt zu einem guten Teil die Bereitschaft der Verwaltungsbehörden, Bauprojekte, die im Zusammenhang mit bestehenden nichtlandwirtschaftlichen Bauten stehen, grosszügig zu behandeln (23): Entschädigungsforderungen sollen vermieden werden.
Kein Entzug der bisherigen Nutzung liegt vor:

- Wenn eine Baute nicht ersetzt werden darf, die ohne besondere Schwierigkeiten erneuert werden könnte,
- wenn erhebliche Erweiterungen untersagt werden,
- wenn die Zweckänderung bestehender Gebäude nicht zugelassen wird, wie der Umbau eines landwirtschaftlichen Betriebsgebäudes in ein Ferienhaus, eines Wohnhauses in eine Werkstatt oder in einen Gasthof usw.,
- wenn der betroffene Eigentümer das Grundstück mit der zonenwidrigen Baute nach dem Inkrafttreten der neuen Nutzungsordnung erworben hat. In diesem Fall weiss er von Anfang an um das geltende Bauverbot und wird den Kaufpreis danach richten. Ueberzahlt er die Liegenschaft, hat er das Risiko selber zu tragen.

2.22 DIE BESONDERS SCHWERE EINSCHRAENKUNG DER BISHERIGEN BODENNUTZUNG

Im Sinn einer besonders schweren Einschränkung bisher ausgeübter Eigentümerbefugnisse können sich Nutzungsvorschriften auswirken, welche die Intensivierung einer zonenwidrig gewordenen Bodennutzung auf einem Grundstück untersagen. Beispiele sind die Vergrösserung von Wohngebäuden, welche nicht der bäuerlichen Bevölkerung dienen, die Erweiterung oder Vermehrung von Betriebsgebäuden auf dem Areal nichtlandwirtschaftlicher Betriebe. In Frage steht hier nicht die weitere Nutzung im bisherigen Umfang, sondern ihre Verdichtung. Eine generelle Aussage, ob eine materielle Enteignung in solchen Fällen vorliegt, ist nicht möglich, sondern es sind die speziellen Verhält-

---

18 vorn Diff. [illegible]
19 Art. [illegible] BauG, vorn Diff. [illegible]
20 Art. 24 GSchG, Art. 25 AGSchV, vorn Ziff. M.3.22
21 vorn Diff. [illegible]
22 Fritzsche S. [illegible]
23 vorn Diff. [illegible]

nisse des Einzelfalls zu berücksichtigen. Massgebend ist, ob die Nutzung ohne Gebäude- oder Anlagevergrösserung oder -vermehrung erheblich erschwert wird. Der Eigentümer müsste eine erhebliche Werteinbusse in Kauf nehmen. So ist denkbar, dass bestehende Gebäude und Anlagen für den Eigentümer sogar unbrauchbar werden, wenn etwa ein Betriebsinhaber unumgängliche Betriebserneuerungen nur durchführen kann, wenn er auf dem Areal grössere Gewerbegebäude errichten kann. Verunmöglichen das die Zonenvorschriften und erhält er keine Ausnahmebewilligung, wird er in der bisher ausgeübten Nutzung zwar nicht vollständig gehindert, aber in schwerwiegendem Mass eingeschränkt. Er muss entweder auf die Betriebserneuerung verzichten oder seinen Betrieb verlegen. In diesen Fällen kann die Entschädigungsfrage allerdings erst umfassend geprüft werden, wenn in einem Baubewilligungsverfahren die Unzulässigkeit der Gebäudeerweiterung festgestellt worden ist.
Keine besonders schwere Beeinträchtigung liegt vor, wenn Ferienhäuser nicht vergrössert werden können. Die bestimmungsgemässe Nutzung der bestehenden Objekte wird, sofern die massgebenden Nutzungsvorschriften die Bestandesgarantie kennen, nicht geschmälert. Auch bei Wohngebäuden sind entschädigungspflichtige Sachverhalte kaum denkbar.

2.23 DAS VERBOT, VON EINER VORAUSSEHBAREN KUENFTIGEN NUTZUNG GEBRAUCH ZU MACHEN

In der Auslegung dieses Tatbestandes liegen die Hauptschwierigkeiten des Verhältnisses von übrigem Gebiet bzw. Landwirtschaftszone und materieller Enteignung.

2.231 Der Entzug der Bauchance

Alle neuen Nutzungsvorschriften für das übrige Gebiet und für die Landwirtschaftszone statuieren ein grundsätzliches Bauverbot, von dem nur unter eng umschriebenen Voraussetzungen abgegangen werden darf. Landwirtschaftszonen werden zudem auf Dauer angelegt, sonst kann ein dauerhafter Schutz der landwirtschaftlichen Produktionsgebiete nicht gesichert werden. Dagegen kann dem übrigen Gebiet das Merkmal der Dauerhaftigkeit fehlen, nämlich dort, wo es als Puffergebiet zwischen die Bau- und Landwirtschaftszonen eingeschoben wird (vgl. Ziff. N.1). Wird damit tatsächlich eine voraussehbare künftige Nutzung zu Bauzwecken untersagt, dem Grundeigentümer also eine wesentliche Befugnis entzogen? Die Autoren sowie das Bundesgericht, soweit sie die Frage untersucht haben, nehmen in der Regel den *Baulandbegriff* zum Ansatzpunkt: Ein Entzug der Chance, Boden zu Bauzwecken zu verwerten, liegt nur vor, wenn dieser Boden als *Bauland* zu qualifizieren ist. Trifft das zu, liegt eine materielle Enteignung vor, die ausserordentliche Schwere des Eingriffs ist gegeben (24). Diese Auffassung impliziert, dass die "Baufreiheit" nicht nur ein Bestandteil der Eigentumsgarantie ist und darin besteht, jederzeit auf einem beliebigen Grundstück irgendein Bauwerk errichten zu können, sondern dass sie nur realisiert werden kann, wenn das Gemeinwesen

24 Blocher S. 135, Meyer Ludwig S. 211ff., Friedrich S. 69ff., Zimmerli S. 147

gewisse Leistungen erbringt, nämlich durch die Erstellung von Erschliessungsanlagen die Baureife des Grundstückes herbeiführt. Ohne diese Vorleistung keine Bauchancen - die Realisierung der Baufreiheit hängt damit vom Tätigwerden der öffentlichen Hand ab. Die so verstandene Baufreiheit steht im Widerspruch zur Eigentumsgarantie, die gerade eine Abstinenz staatlichen Handelns postuliert (25). Die Konzeption knüpft bewusst oder unbewusst an frühere, deutschrechtliche, mithin vorkonstitutionelle Verhältnisse an. So erklärte Bundesrat Furgler im Nationalrat anlässlich der Beratungen über das Raumplanungsgesetz zum Verhältnis zwischen Bodeneigentum und Baufreiheit (26): "Es kann keine Rede davon sein, dass unsere Rechtsordnung je das Recht an privatem Eigentum gleichgesetzt hätte mit einem Recht auf Bauen auf diesem privaten Eigentum ... ich muss mich mit dem Hinweis auf das germanische Recht begnügen, das sehr deutlich macht, dass zwischen Eigentum an Grund und Boden und der Nutzung ein grosser Unterschied besteht." Das germanische und das mittelalterlich-deutsche Bodenrecht waren zwar vorwiegend durch die ineinandergreifenden Nutzungsrechte von Verbänden und Einzelnen an denselben Grundstücken geprägt, so dass die Vereinigung sämtlicher Nutzungsrechte in einer Hand selten war (27). Daneben existierten aber auch schon eigentliche Nutzungsordnungen, so der Flurzwang, d.h. eine Bebauungsordnung des Kulturlandes (28). Die ländliche Flurverfassung kannte sogar Bauverbote ausserhalb des Dorfes (29). Eher bekannt sind die Bauordnungen in mittelalterlichen Stadtrechten (30).
Mit der Einführung des Baulandbegriffs als Abgrenzungskriterium sind die Schwierigkeiten allerdings nicht behoben, denn dieser Begriff ist schillernd und öffnet einen weiten Auslegungsspielraum. Das zeigt deutlich ein neues Urteil des Bundesgerichts, das im Zusammenhang mit der Ausscheidung einer Landschaftsschutzone am Bachtel (Kanton Zürich) erging (31). Danach bestimmt sich der Baulandcharakter eines Grundstücks nach verschiedenen Kriterien:

a) Das zeitliche Moment: Die bauliche Nutzungschance muss sich "sehr wahrscheinlich in naher Zukunft" verwirklichen lassen. "Hierbei darf mit Rücksicht auf den Zeitbedarf jeder baulichen Planung und Erschliessung der Begriff der nahen Zukunft nicht zu knapp bemessen werden." Als Stichtag gilt der Zeitpunkt des Inkrafttreten des Bauverbots.

b) Zu berücksichtigen sind die Marktpreise. Wenn für Grundstücke in einem bestimmten Gebiet Handelspreise erzielt werden, welche über dem landwirtschaftlichen Ertragswert liegen, so kann das bedeuten, dass ihnen Baulandchrakter beigemessen wird (32).

---

25 Gygi, Expropriation S. 100ff., Friedrich S. 66, Meier-Hayoz/Rosenstock S. 40, Baschung S. 162f.
26 StenBull NR 1974 S. 49
27 Gierke S. 352, Hübner S. 222f.
28 Hübner S. 256
29 Planungsatlas III S. 59
30 Gierke S. 411, Hübner S. 256
31 BGE 98 Ia 381 = ZBl 73 (1972) S. 485
32 Zu diesem Kriterium im einzelnen Meier-Hayoz/Rosenstock S. 38f. Danach sind reine Affektions- oder Spekulationswerte nicht zu berücksichtigen.

c) die *tatsächliche Eignung* als Bauland: Hier sind alle Faktoren zu berücksichtigen, welche die tatsächliche Ueberbauungschance bestimmt hätten, wäre das Nutzungsverbot nicht in Kraft getreten, also die allgemeine Lage und Beschaffenheit des Grundstücks (33), die Bauplanung der Gemeinde, die bauliche Entwicklung in der Umgebung und die Erschliessungsverhältnisse. Insbesondere braucht das Grundstück nicht bereits an die öffentlichen Erschliessungsanlagen (Strassen, Wasserversorgung, Kanalisation) angeschlossen zu sein, sondern es genügt, dass es mit wirtschaftlichem Aufwand erschliessbar wäre. Unerheblich ist auch, ob das Grundstück vor dem Eingriff in einer Bauzone lag oder nicht. Es genügt, wenn es an den unmittelbaren Bereich der baulichen Entwicklung, an vorhandene Siedlungen anstösst. Immerhin sind die Erschliessungspolitik der Gemeinde und das Baupolizeirecht zu berücksichtigen.
Ergibt diese Untersuchung im Einzelfall, dass "eine Ueberbauung sehr wahrscheinlich in naher Zukunft" zu verwirklichen gewesen wäre, so brachte das Bauverbot eine materielle Enteignung.
Aus dieser Umschreibung des Baulandbegriffs, der offenbar auch die Begriffe Bauerwartungs- oder Rohbauland einschliessen soll - das wird aus der Urteilsbegründung nicht ganz klar - lassen sich folgende Schlüsse ziehen: In der Nähe von Siedlungen und von öffentlichen Erschliessungsanlagen ist eine künftige bauliche Nutzungschance zu vermuten. Gemeinden, die dort übriges Gebiet oder Landwirtschaftszonen bezeichnen, laufen Gefahr, erhebliche Entschädigungen bezahlen zu müssen. Besonders in Gebieten mit ausgeprägter Streubauweise sind eine Unzahl von Grundstücken als Bauerwartungsland im Sinn der bundesgerichtlichen Umschreibung anzutreffen. "Nichtbauland" ist faktisch nur in abseits gelegenen Gebieten zu finden - dort, wo das Land lag, für welches das Bundesgericht in casu die materielle Enteignung zu prüfen hatte. Wie soll aus dieser Sicht das Ziel erreicht werden, nur Bauland für zehn bis fünzehn Jahre auszuscheiden (34)? Was geschieht, wenn sich mehrere Gebiete zur Bezeichnung als Baugebiet eignen, jedoch aus planerischer Sicht nur eines berücksichtigt werden kann (35)? Schliesslich ist daran zu erinnern, dass unser Land über ein dichtes, gut ausgebautes Strassennetz verfügt, dass Wasserzuleitungen von den Fassungsstellen her weite Gebiete durchziehen, dass mit dem Aufkommen regionaler Abwasserreinigungsanlagen ein ebenso engmaschiges Netz von Abwasserleitungen gelegt wird - wie sollen Strassen- und Leitungsdörfer verhindert werden, wenn links und rechts davon Rohbauland anzunehmen ist, dessen Unüberbaubarkeit infolge raumplanerisch begründeter Bauverbote Entschädigungspflichten auslöst? Andererseits haben wir festgestellt, dass landwirtschaftlich bestgeeignete Gebiete - die landwirtschaftlichen Kerngebiete - oft nicht abseits liegen, sondern im Einzugsbereich grosser Siedlungsgebiete (36). Sie sind erfahrungsgemäss bevorzugte Objekte spekulativer Marktverhältniss. Die weitgefasste Entschädigungspflicht

---

33 Darunter werden die Kriterien der technischen Ueberbaubarkeit verstanden wie die Tragfähigkeit des Baugrundes, das Gefälle, die Grösse des Grundstücks, Blocher S. 136, Meier-Hayoz/Rosenstock S. 32f. mit weiteren Hinweisen.
34 Art. 72/2 BauG BE, Art. 111 BauV BE, Art. 26 RPG
35 Baschung S. 164, vorn Ziff. E.2.2
36 vorn Ziff. E.1.12

leistet ferner einem undurchsichtigen Ausnahmeregime für Baubewilligungen Vorschub, mit dem Entschädigungsforderungen gebremst werden sollen. Aus diesen Bemerkungen erhellt, dass alle Bemühungen um die Trennung von Bau- und Nichtbaugebieten fruchtlos bleiben, solange an einem derart weitgefassten Baulandbegriff festgehalten wird. Es ist zu vermuten, dass sich das Bundesgericht im zitierten Urteil zu wenig Rechenschaft über die Tragweite seiner Erwägungen gegeben hat, denn der zu beurteilende Sachverhalt betraf abseitig gelegenes, kaum erschliessbares Land. Besser wäre die Beschränkung auf diesen Sachverhalt und der Verzicht auf das obiter dictum bezüglich siedlungsnah gelegenen Landes gewesen.
Meines Erachtens muss das Problem der Entschädigungsfrage bei Landwirtschaftszonen aus einer anderen Optik angegangen werden. Sie muss die Ueberlegung zugrunde legen, dass das Instrument der Landwirtschaftszone ein aliud gegenüber den bisher üblichen baurechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums darstellt. Es geht über punktuelle Eingriffe zum Schutz polizeilicher Güter (Trinkwasserschutz, Brandschutz etc.) oder zur ungeschmälerten Erhaltung einzelner Objekte (Aussichtspunkte, Bauten, Biotope) weit hinaus. Die Nutzungsvorschriften der Landwirtschaftszone sind wohlfahrtspolitische Massnahmen, durch welche der Staat in grundsätzlicher Weise über die Nutzung von Grund und Boden entscheidet (37). Diese Massnahmen treten gleichrangig neben die Privateigentumsordnung. Sie dienen gleichermassen den in Art. 2 BV gesteckten Zielen unseres Staates (38). Nicht zu übersehen ist dabei, dass die als Massnahmen im Interesse des öffentlichen Wohls bezeichneten Landwirtschaftszonen nicht nur das Allgemeinwohl im Auge haben, sondern ebensosehr die Interessensphären der Grundeigentümer untereinander abgrenzen sollen. Im Mittelpunkt stehen hier die Agrarproduzenten. Sie sollen über ihren wichtigsten Produktionsfaktor, den Boden, zu angemessenen Bedingungen verfügen können.
Die Einführung der Landwirtschaftszone trifft somit eine kaum feststellbare, grosse Zahl von Grundeigentümern. Die herkömmliche Umschreibung der materiellen Enteignung, welche auf Einzelfälle zugeschnitten ist, kann diesen Sachverhalt nicht mehr bewältigen, sondern führt in eine Sackgasse, indem gerade in den Gebieten, wo sie am nötigsten wären, auf die Ausscheidung von Landwirtschaftszonen aus finanziellen Erwägungen verzichtet werden muss. Als Alternativen bieten sich zwei Möglichkeiten an:

- Die Beschränkung der zulässigen Bodennutzung auf Land- oder Forstwirtschaft und einige andere überlagernde Nutzungen (Erholung, Abbau von Lagerstätten) stellt eine entschädigungslos zu duldende Sozialbindung dar. Auf die Schwere des Eingriffs kommt es grundsätzlich nicht an. Ebenso ist unerheblich, in welchem Verfahren Grundstücke dem übrigen Gebiet oder der Landwirtschaftszone zugewiesen werden, d.h. entweder im Rahmen der effektiven Erschliessungstätigkeit einer Gemeinde ohne Nutzungsplan oder im Rahmen der Nutzungsplanung. Der Sachverhalt der Auszonung von Grundstücken ist für sich allein ohnehin keine materielle Enteignung (39).

---

37 Blocher S. 143, Meier-Hayoz/Rosenstock S. 16ff.
38 vorn Ziff. B
39 Baschung S. 166f., Zimmerli S. 150

Ausnahmen sind dort anzuerkennen, wo einzelne wenige Grundeigentümer derart hart getroffen werden, dass sie ein besonders schweres Opfer zugunsten des Gesamtwohls bringen müssten, wenn sie nicht entschädigt würden (Verknüpfung der Opfertheorie mit der Theorie der Eingriffsintensität). Das trifft bezüglich einer entgangenen künftigen Bauchance nur zu, wo Land aus der Bauzone entlassen wird bzw., sofern die Gemeinde erstmals einen Nutzungsplan erlässt, keiner Bauzone zugewiesen wird *und* dieses Land von der Gemeinde oder in deren Einverständnis vom Grundeigentümer selbst im Hinblick auf die Ueberbauung zur Baureife erschlossen wurde (40). Mit Recht ist festgestellt worden, dass solche Grundstücke meist nicht einzig ihrer landwirtschaftlichen Eignung wegen dem übrigen Gebiet oder der Landwirtschaftszone zugeteilt werden, sondern weil noch andere Gründe ein Bauverbot erfordern, beispielsweise solche der Erholung, des Landschafts- oder des Ortsbildschutzes (41). Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass ein Gemeinwesen Wertvermehrungen, die es auf seine Kosten geschaffen hat, nochmals in Form einer Enteignungsentschädigung bezahlen muss (42). Denn in solchen Fällen bleibt ihm der Vorwurf widerspruchsvollen Handelns nicht erspart.

- Zwischen der fast lückenlosen Ablehnung der Entschädigungspflicht und ihrer Anerkennung für die Bauerwartungsgebiete bietet sich eine mittlere Lösung an. Sie gewährt Grundeigentümern ausserhalb des Baugebiets durch ein anderes System als dasjenige der Enteignungsentschädigung unter gewissen Voraussetzungen finanzielle Leistungen. Sie setzt bei der Bodennutzung an, wie sie durch die Nutzungsordnung festgelegt ist. Solche Entschädigungen sollen primär die Leistungen honorieren, welche die Grundeigentümer der Allgemeinheit durch die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung erbringen wie Sicherstellung der Nahrungsversorgung, Landschaftspflege, Landschaftsschutz In zweiter Linie können sie - und hier berühren sie sich mit den Enteignungsentschädigungen - als Ausgleich dafür angesehen werden, dass eine heute oder in Zukunft tatsächlich mögliche, durch Anordnungen der Raumplanung aber rechtlich verbotene Verwertung des Bodens als Bauland ausgeschlossen bleibt. Ein solches Ausgleichssystem erfordert allerdings gemäss dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns eine gesetzliche Grundlage.

Wir werden bei der Betrachtung der Enteigungsbestimmungen des Raumplanungsgesetzes feststellen, dass die neue bundesrechtliche Ordnung eine Kombination dieser Lösungen bringt. Sie verwirft eine Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung unter Vorbehalt besonderer Fälle und sieht als Korrelat den volkswirtschaftlichen Ausgleich zu Gunsten Gunsten der Land- und der Forstwirtschaft vor (unten Ziff. 3). Solange sie nicht rechtskräftig ist, bleiben jedoch die vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze zur materiellen Enteignung massgebend.

---

40 auf dieses Kriterium haben schon früher einzelne Autoren abgestellt, zit. bei Meier-Hayoz/Rosenstock S. 36

41 Baschung S. 162

42 Gygi, Expropriation S. 94

2.232 Ausbeutungsverbote

Der Abbau von Lagerstätten wie Kies, Sand, Kalk, Lehm etc. gehört zu den zonenkonformen Nutzungen im übrigen Gebiet. Aus den Materialien zu Art. 11ff. RPG ist zu schliessen, dass das auch für die Land- und für die Forstwirtschaftszonen gelten soll (43). Im Einzelfall können jedoch Verbote ausgesprochen werden. Sofern sie notwendig sind, um Polizeigüter zu schützen, liegt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine materielle Enteignung vor. Hierzu gehören Fälle, in denen Kiesausbeutungen untersagt werden, weil zu Zwecken der Wasserversorgung genutzte öffentliche Grundwasservorkommen und damit die öffentliche Gesundheit gefährdet würden (44). Daneben können in den Landwirtschaftszonen und im übrigen Gebiet auch Gründe des Gemeinwohls, vor allem raumplanerischer Natur, zu Ausbeutungsverboten führen (45). Ist damit der Tatbestand des besonders schweren Eingriffs erfüllt? Die Möglichkeit, bestimmte Bestandteile des Erdreichs auszubeuten, bedeutet heute zweifellos eine erhebliche Eigentümerbefugnis. Ein Ausbeutungsverbot kann weitgehende finanzielle Einbussen zur Folge haben (46) und damit einen Eigentümer in seinen Verwertungsmöglichkeiten schwer beeinträchtigen. Diese abstrakt formulierte Aussage genügt allerdings nicht, um eine materielle Enteignung auszulösen. Analog zur Beurteilung der Bauchance ist zu prüfen, ob im Einzellfall die Werte ohne Verbot in naher Zukunft sehr wahrscheinlich realisiert werden könnten. Diese Frage abzuklären dürfte noch erheblich schwerer fallen als die Prüfung der Bauchance. In die Untersuchung sind einzubeziehen:

- Der Umfang des förderbaren Materials, seine Qualität sowie die technischen Möglichkeiten der Materialgewinnung.
- Die Marktverhältnisse, wobei in erster Linie festzustellen ist, ob der Grundeigentümer das Material im Zeitpunkt des Eingriffs oder unmittelbar danach bei vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise (47) tatsächlich hätte verkaufen können. Dieser Prognose auf objektivierter Grundlage kommt ausschlaggebende Bedeutung zu, denn es ist ausgeschlossen, dass innerhalb einiger Jahre sämtliches abbauwürdige Material gefördert oder verwertet werden könnte.

Ergibt diese Prüfung, dass abbauwürdiges Material vorhanden ist und dass der Grundeigentümer die Ausbeutungschance mit der Aufnahme des Förderbetriebs wahrnehmen könnte, so ist eine materielle Enteignung anzunehmen. Sofern Ausbeutungsverbote sowohl aus polizeilichen Gründen wie aus Gründen des öffentlichen Wohls ausgesprochen werden, ist zu prüfen, welcher Schutzzweck überwiegt. Der Entschädigungsanspruch entfällt auf jeden Fall, wenn die Massnahme zur Hauptsache polizeilichen Charakter trägt.

---

43 vorn Ziff. F.4.3 Anm. 27a

44 BGE 96 I 360, Art. 31/2 GSchG

45 für das bernische Recht vorn Ziff. I.3.12

46 BGE 96 I 360

47 Zimmerli S. 143, BGE 96 I 360

2.233 Walderhaltung und materielle Enteignung

Die entschädigungslose Einführung der Landwirtschaftszone und des übrigen Gemeindegebiets mag ungewöhnlich hart erscheinen, wenn sie isoliert betrachtet wird. Die neuen Zonen verlieren dieses Gesicht, wenn daran erinnert wird, dass 24 % der Bodenfläche der Schweiz (48) vor 75 Jahren entschädigungslos der baulichen Nutzung dauernd entzogen wurden, nämlich das gesamte Waldareal. Dass die Enteigungsfrage beim Wald kaum aktuell geworden ist (49), liegt zweifellos an der unterschiedlichen rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Waldes und der offenen Flur. Die Rechtsverhältnisse am Wald blieben enger dem deutschen Recht verhaftet. Dieses legte den Waldeigentümern oder den sonstigen Nutzungsberechtigten von jeher weitgehende Bindungen zugunsten des gemeinen Wohls auf. Die Stadt Bern erliess bereits zu Anfang des 14. Jahrhunderts die ersten Rodungsverbote, um den Raubbau zu unterbinden (50). Das Forstregal bildete sich als selbständiges Herrschafts- und Nutzungsrecht aus. Ihre Inhaber erliessen zahlreiche Schutzverordnungen zur Erhaltung und Pflege des Waldes (51). Noch heute teilen sich überwiegend öffentlichrechtliche Körperschaften ins Eigentum am Wald (52). Er blieb von der Individualisierungs- und Kapitalisierungswelle, welche im Gefolge der bürgerlichen Revolution die offene Flur erfasste, weitgehend verschont.

2.24 DAS SONDEROPFER EINZELNER GRUNDEIGENTUEMER GEGENUEBER DER ALLGEMEINHEIT

Nach der bundesgerichtlichen Umschreibung sind hierzu weniger starke Eingriffe in das Eigentum zu rechnen, die aber doch intensiv genug sind, um dem Eigentümer im Vergleich zu anderen Grundeigentümern ein unzumutbares Opfer aufzuerlegen, wenn er nicht entschädigt würde. In Betracht kommt auch hier der Entzug sowohl einer bisherigen sowie einer künftig sehr wahrscheinlichen Nutzung. Als Leitmotiv des Entschädigungsgrundes wird der Gedanke der Rechtsgleichheit angenommen (53). Im Zusammenhang mit der Ausscheidung von übrigem Gebiet und Landwirtschaftszonen sind solche Fälle nicht denkbar (54). Wenn dem Grundeigentümer die konkrete Chance entzogen wird, sein Land anders als land- oder forstwirtschaftlich zu nutzen und zu verwerten, liegt ein Fall des ausserordentlich schweren Eingriffs vor, der als solcher zur Entschädigungspflicht führt. Den übrigen Grundstücken fehlen solche Chancen insgesamt, so dass die Rechtsgleichheit nicht verletzt wird: die Zahl der betroffenen Grundeigentümer ist unbestimmt gross. Auch ein Erweiterungsverbot für bestehende nichtlandwirtschaftliche Bauten vermag keine Entschädigung auszulösen. In einzelnen Fällen kann ein besonders schwerer Ein-

---

48 ORL-Vademecum S. 4
49 Friedrich S. 69, Baschung S. 163
50 Richard Feller, Geschichte Berns, Band I, 4. Auflage, Bern 1974 S. 94
51 Hübner S. 266ff., Feller a.a.O. Band II S. 33f., Hauser Albert, Wald und Feld in der alten Schweiz, Zürich 1972 S. 246f.
52 73% nach Zürcher, S. 18
53 BGE 96 I 357, Blocher S. 139f.
54 Blocher S. 145f.

griff vorliegen (oben Ziff. 2.22), im übrigen trifft das Verbot sämtliche Eigentümer solcher Gebäude genau gleich. In der Regel fehlt aber auch die geforderte Schwere des Eingriffs. Denn bestehende Bauten und Anlagen können trotz eingetretener Zonenwidrigkeit weiter benützt werden. Meist ist auch die Erneuerung zulässig, womit die Lebensdauer der Anlagen erheblich verlängert werden kann. Die Eigentümer solcher Bauten und Anlagen sind sogar als privilegiert zu betrachten, nämlich im Vergleich zu den Eigentümern, die überhaupt nicht mehr bauen können und nicht entschädigt werden.

3. DIE VORSCHRIFTEN DES RAUMPLANUNGSGESETZES UEBER DIE MATERIELLE ENTEIGNUNG

Als im Jahr 1963 das EGG revidiert werden sollte, betonte Prof. Hans Huber in einem Gutachten (55), dass bei der - vorgesehenen und dann fallengelassenen - Einführung der Landwirtschaftszone die Frage des Entschädigungsanspruchs des Grundeigentümers im Gesetz geregelt werden müsse. Sonst entstünde eine Lücke, welche eine bedenkliche Rechtsunsicherheit heraufbeschwören und einen Mangel an Rechtsstaatlichkeit bedeuten würde. Verwaltungsbehörden und Gerichte würden mit zahlreichen Entschädigungsbegehren belastet, für deren Beurteilung klare und unangefochtene Massstäbe fehlen würden. Auch die Befürworter des gegenwärtigen Rechtszustandes, der die Beantwortung der Entschädigungsfrage ausschliesslich dem Richterrecht überlässt, werden sich diesen Aeusserungen kaum verschliessen können. Jeder, der sich als Behördemitglied, als Planer oder als Berater von Grundeigentümern mit Ortsplanungen beschäftigen muss, kann die zur Zeit weithin herrschende Unsicherheit bestätigen und über zahllose Diskussionen, wann in konkreten Fällen mit der Entschädigungspflicht zu rechnen sei, berichten. Gerade der in Ziff. 2.23 besprochene Bundesgerichtsentscheid 98 Ia 381 hat die Lage noch verschärft, vor allem deshalb, weil das Gericht die Frage der materiellen Enteignung für ein abgelegenes Landschaftsschutzgebiet beurteilen musste, sich aber nicht darauf beschränkte, sondern gleichzeitig Kriterien für ander Sachverhalte, nämlich für nahe bei Siedlungen gelegene Grundstücke, herausarbeiten wollte.

3.1 Art. 48 RPG

Diese Bestimmung lautet:

> Begriff der materiellen Enteignung
>
> 1. Enteignungsähnlich ist eine Massnahme, die für Grundstücke eine bestehende oder in naher Zukunft sehr wahrscheinliche Nutzung untersagt, verunmöglicht oder in besonders gewichtiger Weise erschwert, wenn die Grundstücke für diese Nutzung geeignet sind und der Eingriff entweder an sich besonders schwerwiegend erscheint oder einzelne Eigentümer im Vergleich zu anderen Eigentümern in ähnlichen Verhältnissen unverhältnismässig stark benachteiligt werden.

---

55 unveröffentlicht; das Folgende stützt sich auf die zusammenfassende Wiedergabe bei Aubert/Jagmetti, No 133, welche den Ausführungen Hubers beipflichten.

2. Insbesondere gilt als materielle Enteignung die Auferlegung eines dauernden Bauverbots auf Grundstücken, die eingezont, erschlossen und für die bauliche Nutzung geeignet sind.

3. Die polizeilichen Schranken des Eigentums sind keine materielle Enteignung.

Abs. 1 umschreibt den Tatbestand der materiellen Enteignung. Er lehnt sich weitgehend an die bundesgerichtliche Rechtsprechung an. Die Professoren Aubert und Jagmetti haben nachgewiesen, dass der Bundesgesetzgeber grössere Freiheit bei der Umschreibung hätte, weil die vom Bundesgericht geschaffene Konkretisierung nicht als einzig mögliche Inhaltgebung des in Art. 22ter/3 BV verankerten Grundsatzes der Entschädigungspflicht für Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, anzusehen ist (No 140). Auch ander Autoren sind nicht glücklich über die Ueberführung der Rechtsprechung ins Gesetz. Zimmerli (S. 144) und Baschung (S. 162, 163) befürchten eine Hemmung der Rechtsprechung auf diesem rechtswissenschaftlich noch nicht bewältigten Gebiet. Diese Befürchtungen sind meines Erachtens nicht begründet. Die Umschreibung enthält genügend Spielraum, denn viele Generalklauseln harren der Konkretisierung und Weiterentwicklung. Eine völlige Umstellung des Systems, der Uebergang zu einer neuen, mit dem Gesetzestext unvereinbaren Betrachtungsweise ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, erstens, weil in der gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Diskussion wirklich neue und überzeugende Thesen und Theorien weitgehend fehlen, und zweitens, weil die Verfassungsbestimmung doch recht enge Schranken setzt (56). Die Anregungen der Professoren Auberg und Jagmetti haben immerhin zur Folge gehabt, dass die Bestimmung schärfer gefasst aus den parlamentarischen Beratungen hervorging. Im Entwurf II für ein BG über die Raumplanung fehlten die Verstärkungen "sehr" wahrscheinliche Nutzung, "besonders" gewichtige Weise, "besonders" schwerwiegend erscheint, und anstelle "einzelner" Eigentümer war von "den betroffenen" Eigentümern die Rede. Diese Verstärkungen bezwecken zweifellos eine gewisse Einengung der Enteignungstatbestände (57). Der Opfercharakter als Voraussetzung des entschädigungspflichten Sachverhalts, gleichzeitig aber auch die Sozialpflichtigkeit des Grundeigentums ganz allgemein werden betont.
Die beiden Hauptkriterien zur Bestimmung der materiellen Enteignung sind:

- Art und Grad der Nutzungsbeschränkung, die Aktualität des beeinträchtigten Gebrauchs und die tatsächliche Eignung der Grundstücke für die untersagten Nutzungen,
- die Schwere des Eingriffs, worunter der durch die Nutzungsbeschränkungen eingetretene Wertverlust zu verstehen ist (58).

Eine Nutzung wird *untersagt*, wenn sie in einem generell abstrakten Erlass (kantonale Bau- und Planungsgesetze, kommunale Bauordnung und Nutzungspläne) oder in einer individuell-konkreten Verfügung verboten wird. *Verunmöglicht* wird sie dann, wenn eine in den Nutzungsvorschriften an sich zugelassene Nutzungsbefugnis durch behördliche

56 Aubert/Jagmetti Nos 136f,
57 Im StenBull sind allerdings keine Aeusserungen in dieser Richtung zu finden.
58 Aubert/Jagmetti Nos 145f.

Anordnungen (Rechtssatz oder Verfügung) auf indirektem Weg unterbunden wird. Ein Beispiel: In den Zonenvorschriften für eine schützenswerte Altstadt wird die Erteilung einer Baubewilligung vom Vorliegen eines Gestaltungsplans abhängig gemacht (59). Das zur Beschlussfassung zuständige Gemeindeorgan verunmöglicht beharrlich das Zustandekommen eines entsprechenden Plans. Dem zwangsweisen Erlass eines solchen Gestaltungsplans sind Grenzen gesetzt. So wird die kantonale Aufsichtsbehörde zwar die Gemeinde zum Erlass des Plans anweisen, einen solchen aber nicht selber als Ersatzvornahme beschliessen können (60). In diesem Fall wird die Ausnutzung der Baumöglichkeit auf einem indirekten Weg ausgeschlossen.
Die beiden anderen Bestimmungen des Art. 48 berühren den Gegenstand dieser Arbeit im Zusammenhang mit dem Art. 49.

3.2 Art. 49 RPG

Diese Bestimmung lautet:

> Anwendungsfälle
>
> 1. Die Zuteilung von Grundstücken zur Landwirtschafts- oder Forstzone oder zum übrigen Gebiet im Rahmen der Nutzungspläne ist keine materielle Enteignung.
>
> 2. Vorbehalte sind Einzelfälle, bei denen auf Grund besonderer Umstände die Zuweisung eine materielle Enteignung bewirkt.

Abs. 1 bringt die langerwartete grundsätzliche Klärung über das Verhältnis von Landwirtschaftszonen, übrigem Gebiet und materieller Enteignung, und zwar im Sinn der herrschenden Auffassung in der Lehre und - was allerdings nur zu vermuten ist - der Rechtsprechung (oben Ziff. 2.2). Abs. 2 enthält den Vorbehalt besonderer Einzelfälle.
Die Professoren Aubert und Jagmetti haben dazu erklärt (No 149):
Die Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass Absatz 1 keine Abweichung vom allgemeinen Grundsatz der Entschädigungspflicht bei materieller Enteignung ist. Das wäre gar nicht möglich, weil sich der Gesetzgeber bei der Ausführung von Art. 22quater BV an die Eigentumgsgarantie gemäss Art. 22ter BV zu halten hat. Danach kann die Entschädigung bei materieller Enteignung nicht ausgeschlossen werden. Für die materielle Enteignung bei Landwirtschaftszonen könnte höchstens eine andere Umschreibung als die des Art. 48/1 gewählt werden, wobei aber die Grundsätze des Art. 4 BV (Rechtsgleichheit) zu beachten wären.
In der vorgelegten Form besagt Abs. 2 rechtlich einfach, dass Anspruch auf Entschädigung besteht, wenn die Voraussetzungen des Art. 48/1 gegeben sind. Der Ausnahmecharakter der Entschädigungspflicht soll betont werden. Zusätzliche Voraussetzungen sollen dafür wohl nicht geschaffen werden. Sie liessen sich verfassungsrechtlich auch kaum rechtfertigen.
Diesen Ausführungen kann nur zustimmen, wer an die Enteignungs- und Entschädigungsfrage einzig im Hinblick auf Art. 48/1 RPG herangeht. Wer die den Art. 48/1 unmittelbar beeinflussende bundesgerichtliche Praxis heranzieht, wird diese Betrachtungsweise nicht un-

59 vorn Ziff. D.4.26, Art. 30/3 Musterbaureglement der Baudirektion des Kantons Bern vom 30.7.1971

60 so Art. 14/3 BauG BE, vgl. auch Suter S. 139f.

wesentlich berichtigen müssen. Es betrifft einen Hauptanwendungsfall, der in unserem Zusammenhang aktuell ist, nämlich die Zuweisung von Bauland in die Landwirtschaftszone oder ins übrige Gebiet. Vergleicht man die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 98 Ia 386ff. mit der Ordnung des Art. 49/1, 2 und Art. 48/1, 2 RPG, so ist ein erheblicher Bruch festzustellen. Das Bundesgericht wertet alles Land, das bei objektiver Betrachtungsweise mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand sofort oder in naher Zukunft *voll erschlossen werden kann*, als Bauland, Bauerwartungsland oder Rohbauland. Die Zuweisung solchen Landes in die Landwirtschaftszone oder ins übrige Gebiet ist demnach als materielle Enteignung anzusehen. Die Regeln des RPG schliessen eine derart grosszügige Umschreibung des Baulandebegriffs und damit der Entschädigungsansprüche aus. Nur dann liegt eine materielle Enteignung vor, wenn beim Inkrafttreten eines neuen oder revidierten Nutzungsplans *bereits erschlossenes* und für die bauliche Nutzung geeignetes Land ("baureifes" Land) nicht zum Baugebiet geschlagen wird. Das geht klar aus Abs. 2 des Art. 48 hervor. Wann ein Grundstück als erschlossen gilt, umschreibt Art. 27/1 RPG:

> Land ist erschlossen, wenn hinreichende Zu- und Wegfahrten vorhanden sind, die Wasser-, Energie- und Abwasserleitungen bis zum Grundstück oder in dessen unmittelbare Umgebung herangeführt sind, der Anschluss zulässig und ohne besonderen Aufwand möglich ist.

Die Art. 48 und 49 anders auslegen, wäre gleichbedeutend mit der Unmöglichkeit einer zweckmässigen, dem öffentlichen Wohl und den Erfordernissen der Agrarstruktur angemessenen Ausscheidung der Landwirtschaftszonen (oben Ziff. 2.231).
Der Gesetzgeber ist also in bezug auf die materielle Enteignung bei der Land- und Forstwirtschaftszone und beim übrigen Gebiet von der bundesgerichtlichen Konkretisierung im Sinn einer Einschränkung abgewichen. Die in BGE 98 I a 386 eingeschlagene Praxis kann nicht ohne die Einschränkungen im soeben umschriebenen Sinn übernommen werden.
Als weitere Tatbestände materieller Enteignung kommen in Betracht:

- Die Verunmöglichung der bisher ausgeübten nichtlandwirtschaftlichen Bodennutzung, was etwa bei der Verweigerung von Bewilligungen für Ersatzbauten im bisherigen Umfang und im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung eintreffen kann (oben Ziff. 2.21),
- die besonders schwere Einschränkung der bisher ausgeübten nichtlandwirtschaftlichen Bodennutzung, die dadurch entstehen kann, dass unumgängliche Erweiterungen nichtlandwirtschaftlicher Bauten und Anlagen untersagt werden (oben Ziff. 2.22),
- das Verbot, Lagerstätten wie Kies, Sand etc. abzubauen, soweit das Verbot überwiegend aus Gründen des allgemeinen Wohls verfügt wird. Für polizeilich begründete Verbote sind gemäss Art. 49/3 RPG keine Entschädigungen geschuldet.

Insgesamt dürfte die Zahl der Enteignungsfälle bei vernünftiger, den Willen des Gesetzgebers beachtender Auslegung und damit die Höhe der auszurichtenden Entschädigungen in tragbarem Rahmen bleiben. Die Eigentümer von Grundstücken ausserhalb der Bauzonen sollen, soweit sie in der Land- und Forstwirtschaft tätig sind, auf eine andere Art

entschädigt werden. Art. 45 RPG enthält unter dem Marginale "Volkswirtschaftlicher Ausgleich und Abgeltung" den Vorbehalt, dass der Bund durch ein Spezialgesetz "einen volkswirtschaftlichen Ausgleich zugunsten der Land- und Forstwirtschaft als Abgeltung für die Auflagen und Leistungen im Interesse der Raumplanung" ordnen wird. Die Abs. 2 und 3 sehen weitere Fälle vor, in denen solche Zuschüsse geleistet werden können, insbesondere bei unzumutbarer Beanspruchung von Gebieten oder Grundstücken durch Erholungs- oder Schutzzwecke. In den Entwürfen des Raumplanungsgesetzes war der Zusammenhang mit der Enteignungsfrage noch enger. Der Entwurf II regelte den Vorbehalt im gleichen Artikel wie die Frage der materiellen Enteignung bei Landwirtschaftszonen (Abs. 3 und 4 von Art. 59). Es handelt sich bei diesen Zuschüssen nach der Auffassung des Bundesrats nicht um eine besondere Art der Entschädigungsleistung für den Entzug von Rechten - hier gelten die Vorschriften über die Enteignung -, sondern um Abgeltungen für den Entzug einer Nutzungsaussicht (61). Gemäss Art. 37/3 RPG ist ein Teil des Ertrags aus Mehrwertabschöpfungen für den Ausgleich im Sinn von Art. 45 zu verwenden. Daneben sind besondere Formen des Ausgleichs möglich. Ein Anwendungsfall ist das künftige Bundesgesetz über Investitionshilfe an Berggebiete (62).

3.3 Kurze Würdigung des neuen Entschädigungssystems

Das Entschädigungssystem des Raumplanungsgesetzes: materielle Enteignung nur in Einzelfällen im Sinn der Opfertheorie, Ausgleichszahlungen an die Land- und Forstwirtschaft und an weitere Personen, deren Eigentum direkt oder indirekt von der Allgemeinheit beansprucht wird, bedeutet einen Wendepunkt im Eigentums- und Entschädigungssystem, auch wenn das in amtlichen Stellungnahmen und Verlautbarungen wie der Botschaft zum Raumplanungsgesetz nicht zugestanden wird. Das bisherige System der Eigentumsbeschränkungen mit seiner Trias der entschädigungslosen, der entschädigungspflichtigen Eigentumsbeschränkungen und des Eigentumsentzugs (formelle Enteignung) genügt nicht restlos, um die Eigentumsbindungen zu bewältigen, welche die ausgedehnten Nutzungsplanungen und ihre einschneidenden Nutzungsbeschränkungen im Komplementärraum, insbesondere im Einzugs- von Siedlungen, mit sich bringen (63). Indem der Gesetzgeber ausdrücklich das Vorliegen der materiellen Enteignung bei Landwirtschaftszonen und beim übrigen Gemeindegebiet verneint, wagt er gleichzeitig einen ersten Schritt zu einer neuen Konzeption im Verhältnis von Privateigentumsordnung und geordnetem Raum, Eigentumsgarantie und Raumplanung, wie ich sie in Ziff. B skizziert habe. Er löst sich von der Betrachtungsweise, welche das Privateigentum vor den geordneten Raum stellt, und erhebt beide auf die gleiche Stufe. Das Entschädigungssystem, insbesondere das Institut der Ausgleichszahlung dient ad concordandum disconcordantium - zur Harmonisierung einander widersprechender Interessen am gleichen Gegenstand, dem Boden (64).

61 Botsch. RPG S. 75

62 ebenda, vorn Ziff. M.3.32

63 Diese Meinung äusserte auch Prof. H. Huber in seinem in Anm. 55 genannten Gutachten. Vgl. auch Aubert/Jagmetti No 136

64 Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte S. 27

4. WEITERE FRAGEN

4.1 Der massgebende Zeitpunkt für die Feststellung der materiellen Enteignung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist als Stichtag für die Beantwortung der Enteignungsfrage und damit für die Bemessung der Entschädigung massgebend der Zeitpunkt, in dem die Eigentumsbeschränkung in Kraft tritt. Voraussetzung ist, dass die Enteignungsähnliche Wirkung der Eigentumsbeschränkung im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens erkennbar ist und dass der Betroffene seinen Entschädigungsanspruch sofort geltend machen kann (65). Im gleichen Sinn bestimmt das bernische Enteignungsgesetz vom 3.10.1965 in Art. 21/2:

> Ob eine materielle Enteignung bewirkt wird und welche Entschädigung geschuldet ist, bestimmt sich in der Regel nach dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Eingriffs.

Die Bestimmung dieses Stichtags kann bei der Einführung der Landwirtschaftszone und des übrigen Gebiets zu Schwierigkeiten führen. Als Grundsatz gilt, dass der Tag des Inkrafttretens des kommunalen Nutzungsplans massgebend ist. Dieser Plan weist die einzelnen Grundstücke bestimmten Zonen zu. Es können sich jedoch erhebliche Abweichungen von diesem Grundsatz ergeben:

Beim Inkrafttreten des bernischen Baugesetzes am 1.1.1971 verfügten viele Gemeinden über Zonenpläne mit Landwirtschaftszonen gemäss Art. 6 BVG. Gemäss Art. 113/1 BauG galten von diesem Tag an für die altrechtlichen Landwirtschaftszonen nicht mehr die Bestimmungen von Art. 6 BVG, sondern die Art. 23ff. BauG. Erst diese brachten das grundsätzliche Bauverbot (66). In diesen Fällen ist der 1.1.1971 als massgebender Stichtag anzusehen. Das gleiche gilt für Gemeinden ohne Zonenplan. Hier gelten seit diesem Tag alle Gebiete, welche von der Gemeinde nicht erschlossen worden sind, als übriges Gemeindegebiet (67).

Wird eine an sich zonenkonforme Nutzung durch Einzelverfügung untersagt, ist der Tag, an dem diese Verfügung in Rechtskraft erwächst, als Stichtag anzusehen. Das ist vor allem für die Anordnung individueller Ausbeutungsverbote von Bedeutung.

---

65 BGE 97 I 814, 98 Ia 386, Zimmerli S. 152. Vgl. nun Art. 5O RPG
66 vorn Ziff. h
67 Art. 14/1/b BauG, vorn 2iff. E.3.52

4.2 Das entschädigungspflichtige Gemeinwesen

Art. 99/1 BauG BE bezeichnet "das verfügende Gemeinwesen" als entschädigungspflichtig. Art. 53/1 RPG enthält die gleiche Regelung. Nach Abs. 2 kann der Bund an solche Entschädigungen Beiträge leisten. Zaugg erklärt hierzu, dass "bei der Zuweisung eines Grundstücks in das übrige Gemeindegebiet die Gemeinde verfügt, denn sie nimmt die konkrete Abgrenzung vor, nicht der Staat mit dem Erlass der Bauvorschriften für das übrige Gemeindegebiet" (68). Diese Regelung befriedigt rechtspolitisch nicht, trotzdem sie rein rechtlich zulässig ist. Die konsequente Trennung des Baugebiets vom übrigen Gebiet hat zwar für die Gemeinde erheblich Vorteile, doch ist nicht zu übersehen, dass es sich hier um eine Massnahme handelt, deren Bedeutung weit über den kommunalen Interessenbereich hinaus geht. Es kann sogar der Fall eintreten, da eine Gemeinde ein vitales Interesse an einer Einzonung bestimmter Grundstücke hätte, aber zur Wahrung kantonaler oder regionaler Interessen darauf verzichten muss (69). Für solche Fälle sollte in einer künftigen Gesetzesrevision die Verpflichtung des über der Gemeinde stehenden Verbandes zur Beitragsleistung eingeführt werden. Die in Art. 53/2 RPG vorgesehenen Bundesbeiträge sind ein erster Schritt in diese Richtung, doch fehlt ihm die eigentliche Zahlungsverpflichtung des Bundes.

4.3 Bestimmung der Entschädigung, Verfahren, Verjährung, Rückforderungsrecht des Gemeinwesens

Diese Fragen gehören zum allgemeinen Enteignungsrecht. Sie werden hier nicht behandelt. Es sei auf folgende Literaturzusammenstellungen verwiesen:

- Bibliographie zum Bau- Boden und Planungsrecht der Schweiz, Zürich 1968, Ziff. 1.4 Enteignung
- Blocher S. 150
- Die Bundesgerichtspraxis ist bei Zimmerli, S. 155ff. dargestellt.

68 N 8 zu Art. 99 BauG
69 vgl. die in Ziff. E.3.32 genannten Beispiele